الجَمْعُ وَالفَرْق

أبو محمد عبد الله بن يوسف الجويني
المتوفى سنة ٤٣٨ هـ

تحقيق ودراسة

عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزيني
الأستاذ المساعد بقسم الفقه
بكلية الشريعة وأصول الدين بالقصيم

الجزء الثالث

دار الجيل



دار الجيل

للنشر والطباعة والتوزيع

الطبعة الأولى

2004م ـ 1424هـ

بيروت: البوشرية ـ شارع الفردوس ـ ص.ب. : 8737 (11) ـ برقياً دار جيلاب
هاتف: 689950 ـ 689951 ـ 689952 / فاكس: 689953 (009611)
E.mail: daraljil@inco.com.lb.
Website: www.daraljil.com
القاهرة: هاتف: 5865659 / فاكس: 5870852 (00202)
تونس: هاتف: 71922644 / فاكس: 71923634 (00216)

كتاب إحياء الموات

مسألة (368): إذا اشترى رجل أرضاً وظهر[1] فيها معدن كان مالكاً للمعدن[2]، ولو ظهر[3] فيها ركاز من دفن الجاهلية[4] لم يكن له حق في الركاز، وكان الركاز لمن ملكها قبله، فإن لم يعترف[5] البائع بأنه ملكه عرض على من ملكها قبل هذا البائع، فإن لم يعترفوا[6]، فهو لمن أحيا تلك[7] الخطة الإحياء[8] الأول. والمسألتان منصوصتان[9].

والفرق/ بينهما: أن المعادن المستكنة[10] من الذهب والفضة وسائر الجواهر إنما (193/ب) هي عروق الأرض[11] وأجزاؤها، ومن اشترى أرضاً ملك أجزاءها الظاهرة والباطنة إلى أسفل الثرى.

وأما الركاز المدفون، فليس هو من[12] عروق الأرض وأجزائها[13]، وإنما هو

(1) في /ج: (فظهر).
(2) انظر: الأم 3/ 47، والمجموع 11/ 290 ـ 291، وشرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 95 ـ ب.
(3) في /ج: (وإن ظهر).
(4) في /أ: (من ركاز الجاهلية).
(5) في /أ: (فإن لم يعرف).
(6) في /أ: (فإن لم يعرفه).
(7) (تلك) ساقط من /أ.
(8) في /ج: (بالاحياء).
(9) انظر: الأم 3/ 45، 2/ 44، والمجموع 11/ 291 ـ 292، وشرح مختصر المزني.خ. ج6 ورقة: 95 ـ ب.
(10) في /أ: (المسبكة).
(11) في /ج: (للأرض).
(12) (من) ساقط من /أ.
(13) في /أ: (ولا أجزائها).

مودع[1] بدفن؛ ولهذا قال الشافعي ـ رضي الله عنه في كتاب البيوع ـ: «وإن كان[2] في الأرض[3] حجارة مستودعة، فعلى البائع نقلها وتسوية الأرض على حالها»[4]، فجعل الحجارة المستودعة للبائع دون المشتري، فكذلك الدراهم والدنانير.

مسألة (369): إذا اشترى أرضاً فيها ركاز [لم يستخرج قط لم يملك الركاز بالشراء[5]، ومن أحيا أرضاً ميتة فيها ركاز][6] ملك[7] الركاز بالإحياء[8].

والفرق بينهما: أن من أحيا أرضاً ميتة، فملكه على الأرض ملك غير مسبوق، ولو أنه قبل الإحياء استخرج ذلك الركاز حكم بأنه صار ملكاً له[9]؛ لأنه مال عادي وجده في أرض عادية، فإذا أحياها ولم يستخرج الركاز حكم بأنه حصل ملكاً[10] للركاز، فصار أولى به[11] من جميع الناس.

وأما من اشتراها بعد الإحياء، فالركاز الذي فيها لا يدخل في ملكه؛ لأنه مسبوق ملكه[12]، وعقد البيع يتناول الأرض بأجزائها، وليس الركاز من أجزائها.

---

(1) في /أ: (مودوع).
(2) في /أ: (في ركاز).
(3) في /ج: (في الدار).
(4) انظر: مختصر المزني /79، والأم 3/ 46 ـ 47.
(5) انظر المسألة السابقة.
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(7) في /أ: (كان ملك).
(8) انظر: شرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 95 ـ ب، وروضة الطالبين 5/ 279.
(9) (له) ساقط من /أ.
(10) في /أ: (مالكاً).
(11) (به) ساقط من /أ.
(12) في /أ: (ماله).

مسألة (370): القتال إذا جرى بيننا وبين المشركين، فدافعونا عن بلادهم ودافعناهم، ثم افتتحناها[1]، وبين ظهرانيها[2] موات[3]، فإن كانت المدافعة عن الموات والعمران، فليس لغير الغانمين مزاحمة الغانمين في إحياء الموات[4]. وإن كانت[5] المدافعة عن العمران دون الموات، فجميع المسلمين في الإحياء سواء[6].

والفرق بين الحالتين: أنهما[7] إذا لم يدافعوا عن الموات ودافعوا عن العمران، فالغانمين وسائر المسلمين سواء، لم يوجد منهم أثر[8]، ولا قصد قتال للاستيلاء[9] على الموات؛ فلهذا استووا، واشتركوا[10] في حق[11] الإحياء، وأما إذا كانت المدافعة عن الجنسين، فقد حصل[12] الموات والعمران في أيدي الغانمين بالقتال السابق، ولا بد من[13] تقديم الغانمين على حق غيرهم، ولا نجعلهم مالكين؛ لأن رقبة الموات لا تصير ملكاً ما دامت مواتاً، ولكنهم أحق من غيرهم، وصار[14]

---

(1) في / ج: (وافتتحناها).
(2) في / ج: (وبين ظهرانينا).
(3) في / أ: (أموات).
(4) انظر: شرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 960 ـ أ، ونهاية المطلب خ. ج 4 ورقة: 369، وروضة الطالبين 5/ 280، ومغني المحتاج 2/ 362.
(5) في / أ: (وإن كان).
(6) انظر: المراجع السابقة.
(7) (أنهما) ساقط من / أ.
(8) في / أ: (نزولاً).
(9) في / أ: (استيلاء).
(10) في / أ: (فاشتركوا).
(11) (حق) ساقط من / أ.
(12) في / أ: (جعل).
(13) في / أ: (بزمن).
(14) في / أ: (فقد صار).

هذا، كالمتحجر[1] مواتاً يكون هو أحق به من غيره بما حجره[2]، ولزم ذلك[3]، حتى لو طال الزمان وهو معرض[4] عن عمارة ما تحجره[5] كان للسلطان أن يقطعه لغيره، ليحييه ولينتفع به[6].

مسألة (371): إذا حوط على حظيرة للمواشي ملكها بالتحويط[7]، وإن لم يحدث فيها عمارة غير ذلك[8].

(194/أ) وأما إذا قصد إحيائها/ لمسكن يسكنه[9]، فلا يملك الخطة بالتحويط، ولا[10] ببعض الأبنية حتى يصيرها معدودة في المساكن[11].

وإنما كان كذلك؛ لأن[12] نهاية الانتفاع بالخطة لحظيرة المواشي تحويطها، وقد حوطها، وما جرت العادة بنصب الأبواب في مثل[13] هذه العمارة.

---

(1) التحجر في اللغة: التحويط، وأصله من الحجر. وهو المنع.
يقال: حجرت الأرض، واحتجرتها إذا ضربت عليها مناراً تمنعها به عن غيرك. وفي الاصطلاح: أن يؤثر في الأرض أثراً لم يبلغ حد الإحياء، مثل: أن ينصب فيها أحجاراً، أو يغرز فيها أخشاباً.
انظر: لسان العرب 4/ 171، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي / 258، وشرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 92 ـ ب، ومغني المحتاج 2/ 366، وقليوبي وعميرة 3/ 91.

(2) في /أ: (بما يحجره).

(3) انظر: مغني المحتاج 2/ 366، وروضة الطالبين 5/ 386، وقليوبي وعميرة 3/ 91.

(4) في /أ: (يعرض).

(5) في /أ: (ما تحجر).

(6) انظر: روضة الطالبين 5/ 287، ومغني المحتاج 2/ 367، وقليوبي وعميرة 3/ 91 ـ 92.

(7) في /أ: (من عمر أمواتاً وقصده أن يبني للمواشي حظيرة ملك الخطة إذا حوطها بجدار حظيرة).

(8) انظر: روضة الطالبين 5/ 289، ومغني المحتاج 2/ 365، وقليوبي وعميرة 3/ 91.

(9) في /أ: (لسكنه).

(10) (ولا) ساقط من /ج.

(11) انظر: المراجع السابقة.

(12) في /أ: (لأنها).

(13) (مثل) ساقط من /أ.

وأما المساكن، فليست العادة فيها الاقتصار على التحويط، بل العادة أن يكون مع التحويط تسقيف[1] وأبواب وأغلاق ومرافق، ثم يقتصر في هذه المسألة على الأقل من هذه العادة التي اشترطناها.

مسألة (372): المسلم والذمي[2] سواء في صيد بلاد الإسلام وحطبها[3] وحشيشها[4]، وليسا[5] سواء في مواتها[6]، فليس للذمي إحياء موات في[7] بلاد الإسلام[8].

والفرق بينهما: أن إحياء الموات ربما يورث ضرراً وضيقاً[9]، وليس للذمي أن يضيق على المسلم، ولا أن يساويه[10] في بنيان، بخلاف الصيد، فليس فيه ذلك، ولا ما يوجب حرجاً[11] وتضييقاً، وأما الكلأ، فهو يخلف[12] وكذلك الحطب، على أن الذمي هو يبيع[13] في دار الإسلام، والصيد والحشيش هو من البيع، بخلاف الأرض فإنها من الأصول والمسلمون بها[14] أولى، إلا[15] أن يبتاعها أهل الذمة بثمن.

---

(1) في /أ: (سقف).
(2) في /أ: (والمدمى).
(3) (وحطبها) ساقط من /أ.
(4) انظر: روضة الطالبين 5/ 278، وشرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 88 ـ ب، ومغني المحتاج 2/ 362.
(5) في /أ: (وليس).
(6) في /أ: (في موتها).
(7) في /أ: (في دار).
(8) انظر: حلية العلماء 5/ 497، وروضة الطالبين 5/ 278، ومغني المحتاج2 / 362.
(9) في /أ: (ربما يورث ضيقاً ونصقا).
(10) في /أ: (ولا يساويه).
(11) في /أ: (فليس فيه حكم ذلك وإن اشترى ما يوجب حرجاً).
(12) في /ج: (مختلف).
(13) في /أ: (هو الذي منع).
(14) في /أ: (فيها).
(15) (الا) ساقط من /أ.

مسألة (373): البقعة المعمورة في الجاهلية وعليها في الإسلام آثار العمارة موات في الحكم، إذا لم يتعلق للغانمين بها حق حيازة، فمن أحياها من المسلمين ملكها، ولا حاجة في ملكها إلى إذن السلطان[1].

والبقعة المعمورة في دار[2] الإسلام المفقود[3] مالكها مال من أموال بيت المال، يصرفها الإمام إلى مصالح المسلمين على قضية[4] الاجتهاد[5].

والفرق بين البقعتين: أن العمارة الإسلامية دليل على أن مسلماً من المسلمين صار مالكاً لتلك[6] البقعة في زمان من الأزمنة، وملك المسلم إذا تفانى ملاكه، ولم يبق له ورثة[7] يصير في بيت المال، ويكون لورثته[8] العامة؛ ولهذا قلنا: إذا ملك بقعة بالإحياء، ثم اندرست آثار عمارتها [لم تعد مواتاً قط، ولكنها تصير في بيت المال إذا لم يبق لها مالك[9].

وأما البقعة المعمورة في الجاهلية التي لم تعمر، ولم تملك في الإسلام فكل من أحياها وجدد عمارتها][10]، فهو مالك لها؛ لأن غاية ما فيها أنها كانت ملكاً

---

(1) هذا أظهر القولين.
القول الثاني: أنها ليست بموات.
انظر: روضة الطالبين 5/ 279 ـ 281، ومغني المحتاج 2/ 362 ـ 363، وقليوبي وعميرة 3/ 88 ـ 89.
(2) (دار) ساقط من /أ.
(3) في /أ: (المفقودة).
(4) في /ج: (في قضية).
(5) ومن الأصحاب من جعل المسألة على قولين كالمسألة الأولى. والجمهور فرقوا بين الجاهلية والإسلام.
انظر: روضة الطالبين 5/ 279 ـ 280، ومغني المحتاج 2/ 362، ونهاية المطلب.خ. ج 4 ورقة: 367 ـ 368.
(6) في /أ: (للملك).
(7) في /ج: (فلم يبق ورثته).
(8) في /ج: (لورثة).
(9) انظر: روضة الطالبين 5/ 279، ومغني المحتاج 2/ 362.
(10) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

لجاهلي؛ ولهذا نقول: كل ركاز يجده المسلمون، فهو من أملاك الجاهلية، إلا أن الشريعة جعلت الواجد أولى به، كما جعلت الشريعة العامر[1] أولى بهذه البقعة.

فإن قال قائل: فهلا[2] قلتم[3] في المعادن الجاهلية إذا عمرها المسلم أنه يصير مالكاً لها[4].

قلنا: قد اختلف قول الشافعي ـ رحمه الله ـ في معادن الجاهلية[5]، فإذا قلنا: إنها لا تملك فالفرق بينهما وبين هذه البقعة: أن حافر المعدن لا يقصد بالحفر إحياء، وإنما يقصد أن ينال منه نيلاً، فحفره لطلب المستكن[6] في الأرض، ألا/ (194/ب) ترى أنه يبتدىء كل يوم حفرة طلباً لما فيه، وأما هذه البقعة فقد تحقق بهذا الفعل الذي فعله إحياؤها، في قصد[7] تملك عينها؛ فلهذا صار مالكاً لها.

مسألة (374): إذا لازم الرجل بقعة من السوق الواسع ليبيع[8] ويشتري وينتابها كل يوم فسبق إليها غيره[9] يوماً من الأيام كان للأول إزعاج السابق[10]،

---

(1) (العامر) ساقط من / ج.
(2) في / أ: (هل لا).
(3) في / ج: (قلت).
(4) في / أ: (ملكاً لها).
(5) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «وكل معدن عمل فيه جاهلي، ثم استقطعه رجل، ففيه أقاويل.
أحدها: أنه كالبئر الجاهلي والماء المعد، فلا يمنع أحد أن يعمل فيه، فإذا استبقوا إليه، فإن وسعهم عملوا معاً، وإن ضاق أقرع بينهم أيهم يبدأ، ثم يتبع الآخر، فالآخر...
والثاني: للسلطان أن يقطعه على المعنى الأول يعمل فيه، ولا يملكه إذا تركه.
والثالث: يقطعه فيملكه مالك الأرض إذا أحدث فيها عمارة» أ. هـ.
مختصر المزني / 132، وانظر: الأم 4/ 44.
(6) في / أ: (المسكن).
(7) في / أ: (وقصد).
(8) في / ج: (يبيع).
(9) في / ج: (فسبقه غيره).
(10) انظر: روضة الطالبين 5/ 295، ومغني المحتاج 2/ 370، وقليوبي وعميرة 3/ 93.

ولو تصور ذلك[1] في بقعة من المسجد الحرام[2] يتتابها الرجل كل يوم، فسبق إليها غيره يوماً من الأيام[3] كان السابق[4] أولى[5]، وكذلك[6] أيضاً مضارب منى تكون مناخ من[7] سبق[8].

والفرق بين المسجد الحرام وبين السوق: أن الأغراض تختلف في مقاعد الأسواق اختلافاً بيناً، بكثرة المجتازين الطالبين لسلع القاعدين وقلتهم[9] وغير ذلك، فإذا[10] داوم الرجل الواحد على بقعة من بقاعها لغرض له كان أولى بها ما دام على الانتياب[11]، ولم يتحقق منه الإعراض والتعطيل، فإذا عطل وأعرض كان لغيره أن يأخذها ويرتفق[12] بها. وشبهها الشافعي ـ رضي الله عنه ـ

---

(1) في /أ: (ولو تصور مثل ذلك).
(2) (الحرام) ساقط من /أ.
(3) (يوماً من الأيام) ساقط من /أ.
(4) في /أ: (للسابق).
(5) انظر: روضة الطالبين 5/ 296 ـ 297، ومغني المحتاج 2/ 370، وقليوبي وعميرة 3/ 94.
(6) في /أ: (فكذلك).
(7) في /أ: (مباحاً لمن سبق).
(8) لحديث عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: قلت: يا رسول الله ألا نبني لك بمنى بيتاً؟ قال: «لا منى مناخ من سبق».
رواه أبو داود وابن ماجة، والحاكم وصححه، ووافقه الذهبي.
والمناخ: الموضع الذي تناخ فيه الإبل. أي مبرك لإبل.
انظر: سنن أبي داود كتاب «المناسك» باب «تحريم حرم مكة» حديث (2019)، وسنن ابن ماجة كتاب «المناسك» باب «النزول بمنى» حديث (3006)، والمستدرك 1/ 467، ولسان العرب 3/ 65، والقاموس المحيط 1/ 272.
(9) في /جـ: (في قلتهم).
(10) في /أ: (وإذا).
(11) (الانتياب) ساقط من /أ.
(12) في /جـ: (ويرتب).

بفساطيط[1] العرب المنتجعين[2]، فمن ضرب منهم[3] فسطاطه كان أولى بتلك البقعة من غيره ما دام غير معرض، فإذا قلع وتحول وحول نجعته صار الناس سواء في تلك البقعة[4]، ورجوع هذا التاجر إلى منزله بالليل، كقلع العربي البدوي[5] فسطاطه في بعض الأوقات وضربه في بعض الأوقات.

وأما بقاع المسجد فالأغراض فيها غير[6] متفاوتة في صحة الصلاة، وتحصيل فضيلة الجماعة، وصحة الاعتكاف، فمن أراد فضيلة الصف الأول، فليسبق[7] [8]، وقد قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «لو علمتم ما في الأذان والصف الأول لاستهمتم عليه»[9]، فلما[10] عظم حظ المسابقين[11] إلى الصف الأول

---

(1) في /أ: (ببساطيط).
والفسطاط: بيت من شعر، وفيه ثلاث لغات: فسطاط، وفستاط، وفسّاط.
انظر: الصحاح 3/ 1150، ولسان العرب 7/ 371.
(2) في /ج: (المنتجعين من العرب).
(3) في /أ: (بينهم).
(4) انظر: الأم 4/ 43.
(5) في /أ: (كقطع العربي للبدوي).
(6) (غير) ساقط من /ج.
(7) في /أ: (فليس).
(8) لما قرر المؤلف ـ رحمه الله ـ الفرق بين مقاعد الأسواق وبقاع المسجد: بأن بقاع المسجد لا تختلف، بخلاف مقاعد الأسواق. أراد أن يدفع اعتراض المعترض على هذا الفرق بفضيلة الصف الأول عن غير على أنه يمكن تحصيل ذلك بالسبق الذي طلبه الشارع.
(9) في /أ: (لأسهمتم عليه).
والحديث أخرجه البخاري في كتاب «الأذان»، باب «الاستهام في الأذان...» حديث (12). ومسلم في كتاب «الصلاة» باب «تسوية الصفوف وإقامتها وفضل الأول منها»... حديث (437).
(10) في /أ: (ولما).
(11) في /أ: (إليه).

شرف[1] ذلك[2] المكان، فالسابقون الرحمة[3] تنزل[4] عليهم قبل[5] نزولها على غيرهم، فعرفنا فضيلة الصف الأول، وهذا المعنى مفقود فيما ذكرناه من مقاعد الأسواق.

مسألة (375): الرجل إذا نزل منزلاً في المفازة مجتازاً، فحفر عين ماء فاستنبطه وارتحل، فنزل غيره ذلك المنزل مستوطناً، كان له أن يتملك الحفر[6] الذي حفره الأول[7].

ولو أن الأول نزل ذلك[8] المنزل مستوطناً، فحفر على عادة مثله، ثم اتفق له الارتحال منتجعاً، أو غير منتجع لم يكن لغيره أن يتملك الحفير[9] الذي حفره[10]، والمسألتان لا يفترقان بأن يطوي البير، أو لا يطويها[11].

والفرق بين المسألتين: أن المجتاز إذا حفر عين ماء، فقصده في الحال الارتفاق بذلك الماء، لا تملك ذلك المكان، إذ ليس في عادة مثله قصد إحياء البقعة.

[وأما إذا استوطن، فحفر على عادة مثله للتخليد والتأبيد، فقصده إحياء البقعة][12]، وكما[13] يملك البقعة بالتحويط والزراعة ـ إذا سلك سبيل الزراعة إلى

(1) في / أ: (لشرف).
(2) (ذلك) ساقط من / جـ.
(3) في / أ: (الرحمة لله).
(4) في / أ: (ينزلها).
(5) في / أ: (مثل).
(6) في / أ: (يملك الحفيرة).
(7) انظر: مغني المحتاج 2/ 374 ـ 375، والابتهاج خ. جـ 4 ورقة: 111 ـ أ ـ ب، وقليوبي وعميرة 3/ 96.
(8) (ذلك) ساقط من / أ.
(9) في / جـ: (الحفر).
(10) انظر: نهاية المطلب خ. جـ 4 ورقة: 395، وشرح مختصر المزني.خ. جـ 6 ورقة: 97 ـ أ.
(11) في / أ: (أو لا يطوى).
(12) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(13) في / جـ: (ولما يملك).

الإحياء ـ فكذلك يملك البقعة بحفر/ البير إذا قصد الإحياء بالحفر، ومن ملك (195/أ) بقعة بالحفر لم يكن لغيره مزاحمته فيها.

مسألة (376): الرجل إذا حفر بئراً في مفازة، فسواء حفرها على قصد تملك[1] البقعة، أو حفرها على قصد الارتفاق بالماء، كعادة المجتاز، فليس له في الصورتين أن يمنع فضل ماء البير[2].

ولو أن رجلاً حفر في داره بيراً[3] جاز له أن يمنع فضل مائها ويدخره ويستبقيه لحاجته[4]، ولا يستحب ذلك له إذا علم حاجة غيره إليه.

والفرق بين البادية وبين المنزل: أن الغالب في المفازات[5] إعواز الماء وشدة حاجة الناس[6] إليه، فإذا منع فضل مائه[7] ـ والحالة هذه ـ فقد سعى في ضرر غيره، والغالب في القرى والأمصار وجود الماء[8]، والإعواز فيها من النوادر؛ فلهذا كان أملك لبيره وأولى بمائها من غيره، وإن كان في مائها فضل.

وقول[9] النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «من منع فضل مائه ليمنع به الكلأ منعه الله ـ تعالى ـ فضل رحمته[10] يوم القيامة»[11] محمول على البوادي، ثم في هذا الخبر

---

(1) في /أ: (تمليك).
(2) انظر: روضة الطالبين 5/309 ـ 310، ومغني المحتاج 2/374 ـ 375.
(3) في /ج: (نهر).
(4) انظر: شرح مختصر المزني خ. جـ 6 ورقة: 97 ـ ب، ونهاية المطلب خ. جـ 4 ورقة: 396.
(5) في /ج: (في المفاوز).
(6) في /أ: (الحاجة الناس).
(7) في /أ: (فإذا امتنع من فضل مائه).
(8) في /أ: (إلا ما).
(9) في /أ: (فقول).
(10) في /ج: (منع الله فضل رحمته).
(11) الحديث أخرجه البخاري ومسلم بلفظ: «لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ».
وأما اللفظ الذي ذكره المؤلف ـ رحمه الله ـ فقد ذكره ابن حجر، ثم ذكر بعده رواية البخاري ومسلم، وقال: «قال البيهقي: هذا هو الصحيح بهذا اللفظ، وكذا رواه=

تنبيه على الفرق، فإن[1] من منع فضل ماء بئر البادية[2] فكأنه منع الكلأ المشترك؛ لأن غيره من أصحاب[3] المواشي إذا أرادوا رعي الكلأ الذي حوالي البير لم يتمكنوا[4] إلا أن يكونوا واثقين بماء هذه البئر، إذ لا تستغني[5] الماشية في غالب الأحوال عن[6] السقي عقيب الرعي[7]، فمانع السقي مانع الرعي[8]، وهذا المعنى مفقود في آبار الدور.

ولو ورد الغريب بماشية على بئر المفازة، وصاحب البئر قد زرع حوالي البير بقلاً أو زرعاً ما[9]، كان ماشية الغريب أولى بفضل الماء من زرع صاحب البير[10]، وصاحب البير[11] ما دام محتاجاً لماشيته إلى الماء، فهو أولى حتى يفضل عن

=الزعفراني عن الشافعي، وأما اللفظ المذكور أولاً، فهو لم يقرأ على الشافعي، وحمله الربيع على الوهم، ولو قرىء على الشافعي لغيره إن شاء الله. ثم قال: وهذا اللفظ في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وروي من وجه آخر ضعيف عن أبي هريرة، ومن مرسل الحسن، ويشبه أن يكون الشافعي ذكر بعض هذه الأسانيد، فأدخل الكاتب حديثاً في حديث» أ. هـ.

تلخيص الحبير 3/ 66 ـ 67، وانظر: صحيح البخاري كتاب «المساقاة» باب «من قال أن صاحب الماء أحق بالماء...» حديث (4)، وصحيح مسلم كتاب «المساقاة» باب «تحريم فضل بيع الماء.....» حديث (1566).

(1) في /أ: (قال).
(2) في /أ: (ماء البوادي).
(3) في /أ: (لأنه من أصحاب).
(4) في /ج: (لم يتملكوا).
(5) في /أ: (إلا واثقين بهذه البير إذ لا تستقيم).
(6) في /أ: (على).
(7) في /أ: (المرعى).
(8) انظر هذا المعنى في: شرح صحيح مسلم 10/ 488، وفتح الباري 5/ 32.
(9) (ما) ساقط من /ج.
(10) قال الجويني في نهاية المطلب: «وظاهر كلام الأصحاب أنه لا يلزمه بذل فضل مائه حتى يفضل عن مزارعه. وهذا فيه احتمال على بعد لحرمة الأرواح» أ. هـ. نهاية المطلب خ. ج4 ورقة: 397، وانظر: روضة الطالبين 5/ 309، والابتهاج.خ. ج4 ورقة: 111 ـ أ.
(11) (وصاحب البئر) ساقط من /ج.

ماشيته[1]، فحرمة[2] [الروح[3] مقدمة على حرمة الزرع، وحرمة][4] ماشية صاحب البئر مقدمة على حرمة ماشية غيره، وليس يحتم عليه إعارة الدلو[5] والرشا[6]، فإن علم حاجة الغريب إلى الرشا والدلو كرهنا له المنع[7].

مسألة (377): إذا استأجر رجل[8] رجلاً لحفر معدن وقال: استأجرتك على أن تحفره بشرط أن يكون لك جميع ما تستخرجه من النيل، فجميع ما استخرج لصاحب[9] المعدن[10]، ولا يستحق الحافر[11] على مالك المعدن أجرة المثل[12].

ولو ساقى رجل رجلاً فقال: ساقيتك على هذه النخيل على أن جميع الثمر لك،

---

(1) (حتى يفضل عن ماشيته) ساقط من / ج.
وانظر: روضة الطالبين 5/ 309، ومغني المحتاج 2/ 374.
(2) في / أ: (وحرمة).
(3) في / أ: (الرجوع) والصواب ما أثبت.
(4) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(5) في / ج: (وليس يحكم عليه باعارة الدلو).
(6) انظر: مغني المحتاج2/ 375، وقليوبي وعميرة 3/ 96.
(7) لقوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ۝٧﴾ الماعون.
(8) في / أ: (رجلاً).
(9) في / ج: (لمالك).
(10) لأنه هبة مجهولة. والمجهول لا يصح تملكه.
انظر: روضة الطالبين 5/ 304، ومغني المحتاج 2/ 373، وشرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 96 ـ ب.
(11) في / أ: (الحفار).
(12) على أحد الوجهين.
الوجه الثاني: أن له الأجرة، وصححه النووي.
انظر: المراجع السابقة.

فجميع الثمر لرب البستان[1]، وللعامل أجرة المثل[2].

والفرق بين المسألتين: أن المقصود من العمل في البستان تنمية الأشجار وتربيتها بسقيها وتشذيبها وتأبيرها، وقد حصلت هذه المنافع وأمثالها وترتبت لرب/ (195/ب) البستان آثارها، فلا بد من أجرة المثل.

وأما حفر المعدن، فليس كذلك؛ لأن الحافر لا يقصد بالحفر[3] عمارة المكان، وإنما يقصد الكشف عن التبر المستكن فيه يوماً، فيوماً، فليس لعمله أثر عمارة باقية حتى يستحق بذلك الأثر أجرة المثل. وقال بعض أصحابنا: له بالتطميع[4] أجرة المثل[5]، والصحيح طريقة الفرق.



(1) وتفسد المساقاة.
وقال النووي: وفي التتمة وجه شاذ: أنه تصح المساقاة إذا شرط كل الثمرة للعامل، لغرض القيام بمصلحة الشجر.
انظر: روضة الطالبين 5/ 151، والشرح الكبير 12/ 121 ـ 122.

(2) انظر: الشرح الكبير 12/ 19، 122، وروضة الطالبين 5/ 123، 151.

(3) (بالحفر) ساقط من /أ.

(4) في /ج: (بالتطمع).

(5) وهو قول ابن سريج. ووجهه: أن العامل لم يرض أن يعمل مجاناً، ولم يسلم له ما طمع فيه، فينبغي أن يرجع بالأجر على من أوقعه في العمل وسلم له ما طمع فيه العامل.
انظر: نهاية المطلب. خ. جـ 4 ورقة: 394، وروضة الطالبين 5/ 304، والابتهاج. خ. جـ 4 ورقة: 106 ـ أ.

كتاب الحبس

مسألة (378): إذا وقف رجل وقفاً[1] على ولد له[2] - والولد جنين في البطن - ثم على أولاده وأولاد أولاده، فالوقف باطل[3]، ولو وقف[4] وقفاً على ولد موجود، ثم على ولده، ثم على الفقراء، فمات ولده وله[5] جنين كان[6] الوقف موقوفاً للجنين، فإن خرج حياً صرف إليه، وإن خرج ميتاً صرف إلى الفقراء[7].

وكذلك لو وقف على ولدين له وقال: من مات منهما وله ولد صرف نصيبه إلى ولده، ثم قال: فإن انقرضوا ولم يبق أحد[8] من[9] الأولاد والأعقاب فإلى المساكين، فمات أحد الولدين ولم يعقب وبقي الولد الثاني فنصيب الميت - إلى أن ينقرض الباقون - وقف موقوف للفقراء يدفع إليهم إذا انقرض الأولاد والأعقاب[10].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا[11] وقف والولد جنين كان وقفاً لا مالك له يوم

---

(1) (وقفا) ساقط من / أ.
(2) في / ج: (على ولده).
(3) انظر: روضة الطالبين 5/ 317، ومغني المحتاج 2/ 379.
(4) في / أ: (أوقف).
(5) (وله) ساقط من / ج.
(6) (كان) ساقط من / أ.
(7) انظر: روضة الطالبين 5/ 337، ومغني المحتاج 2/ 388.
(8) (أحد) ساقط من / أ.
(9) (من) ساقط من / ج.
(10) انظر: مغني المحتاج 2/ 386، والابتهاج خ. ج 4 ورقة: 155 - أ.
(11) (إذا) ساقط من / أ.

التحبيس، وشرط صحة الوقف أن يكون الموقوف عليه يوم الوقف ممن يصح أن يكون[1] مالك منفعة[2]، والولد غير المولود لا يكون مالك منفعة[3].

فأما إذا وقف على ولد موجود، فقد استقر أول الوقف وصح، فلا يضره ما اعترض[4] عليه من عدم المستحق في بعض الأوقات، والأصول مبنية على مثل هذا، ألا ترى أن اقتران الشدة بالعصير في أحكام الملك خلاف الاعتراض[5]، وكذلك الاعتداد[6]، والارتداد[7] [8] وغيرهما[9].

مسألة (379): إذا وقف واستثنى[10] لنفسه سلطان التولية ثبت له سلطانها[11]،

---

(1) (يكون) ساقط من /أ.
(2) في /أ: (منفعته).
وانظر: مغني المحتاج 2/ 379، وروضة الطالبين 5/ 317.
(3) في /أ: (المنفعة).
(4) في /أ: (فلا يضرها اعترض).
(5) فالعصير المشتد لا يجوز تملكه وإذا طرأ الاشتداد على العصير جاز له إمساكه ليصير خلاً.
انظر: الشرح الكبير 10/ 81، 85، وروضة الطالبين 4/ 71، 73.
(6) فنكاح المعتدة لا ينعقد، ولو طرأت عدة شبهة على منكوحة لا يبطل نكاحها.
انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني / 412، والقواعد للحصني القسم الأول 2/ 655، وقواعد الأحكام 2/ 88.
(7) في /أ: (الارداد).
(8) فالمرتد لا يملك ما استفاده في ردته بهبة، أو صدقة، أو وصية، أو اصطياد، أو احتشاش على أحد الأقوال، وإذا طرأت الردة، فما له باق على ملكه لا يزول على أحد الأقوال.
انظر: الأقوال في حكم مال المرتد في الأم 2/ 19، ومختصر المزني / 260، والحاوي كتاب «حكم المرتد» / 66 ـ 70، وروضة الطالبين 10/ 78 ـ 79.
(9) مما هو داخل تحت قاعدة «يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء» انظر هذه القاعدة وفروعها في المنثور في القواعد 3/ 374، والقواعد للحصني القسم الأول 2/ 655 ـ 657، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني / 406 ـ 418، والأشباه والنظائر لابن السبكي 1/ 344، 349.
(10) في /أ: (إذا وقف واستبقى واستثنى).
(11) في /أ: (ثبت له سلطان التولية).

فإن شاء تولى وإن شاء ولى[1]، وله العزل بعد التولية، والتولية بعد العزل[2].

ولو أنه وقف وقفاً واستثنى لنفسه[3] بعض ريعه؛ لينفقه على نفسه، أو على من شاء، فالمذهب الصحيح أن الوقف باطل[4]، ما لم يقض القاضي بتنفيذه، فلا يعترض على القضاء المنبرم[5].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا استثنى لنفسه ولنفقته بعض الغلة، فكأنما[6] وقف على نفسه، ووقف الرجل على نفسه محال، وهذا المعنى غير موجود في اشتراط الولاية؛ لأن الوقف لا بد له ممن يقوم به وبمصالحه، وليس في قيام الواقف بمصلحة الوقف/ ليصرفه إلى المصالح ـ ما ينافي القربة والزلفة إلى الله (196/أ) تعالى، وهو أولى الناس بهذه المراعاة؛ لأن الوقف[7] صادر من جهته.

مسألة (380): قال الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ: «لو أقام رجل شاهداً أن أباه تصدق عليه بهذه الدار صدقة محرمة موقوفة وعلى أخوين له، فإذا انقرضوا، فعلى أولادهم، أو على المساكين، فمن حلف منهم ثبت[8] حقه، وصار ما بقي ميراثاً[9]، فإن حلفوا معاً[10] أخرجت الدار من ملك صاحبها إلى من

---

(1) (وإن شاء ولي) ساقط من/ ج.

(2) انظر: مغني المحتاج 2/ 393 ـ 394، وقليوبي وعميرة 3/ 109 ـ 110، وروضة الطالبين 5/ 346، 349.

(3) (لنفسه) ساقط من / ج.

(4) وقيل: يصح؛ لأن استحقاق الشيء وقفاً غير استحقاقه ملكاً.
انظر: روضة الطالبين 5/ 318، ومغني المحتاج 2/ 380.

(5) في / ج: (المبرم).
وانظر: مغني المحتاج 2/ 380، وشرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة 110 ـ أ.

(6) في / ج: (كأنما).

(7) في / أ: (الواقف).

(8) (ثبت) مكررة في / أ.

(9) في / أ: (ميراثه).

(10) (معاً) ساقط من / ج.

جعلت له حياته، ومضى الحكم فيها لهم[1]، فمن جاء[2] بعدهم ممن وقفت عليه إذا ماتوا قام مقام الوارث، فإن لم يحلف إلا واحد[3]، فنصيبه منها وهو الثلث صدقة على ما شهد به شاهده، ثم نصيبه[4] على من تصدق به أبوه عليه بعده وبعد إخوته.

فإن قال الذين[5] تصدق به عليهم بعد الاثنين: نحن نحلف على ما أبى أن يحلف عليه الاثنان، ففيها قولان: أحدهما: أنه لا يكون لهم إلا ما كان للاثنين قبلهم، والآخر[6]: أن ذلك لهم من قبل أنهم إنما يملكون[7] إذا حلفوا بعد موت الذي جعل له ملك إذا مات، وهو أصح القولين، وبه أقول»[8].

فعلق الشافعي قوله في يمين[9] الأحفاد مع الشاهد إذا نكل الأولاد، ثم قال: ولو قال: على أولادهم، وأولاد أولادهم ما تناسلوا... وساق المسألة، وجعل للأحفاد أن يحلفوا عند نكول الأولاد قولاً واحداً[10].

والفرق بين المسألتين: أن الواقف إذا قال في لفظ الوقف: فإذا انقرضوا، فعلى أولاد الأولاد، فقد رتب حق[11] الأحفاد على حق الأولاد، فجعلناهم ـ في أحد القولين ـ يتلقون الملك عن أبائهم، فإذا نكل آباؤهم[12] بطل حقهم في اليمين

(1) في /أ: (فيما لهم).
(2) في /ج: (فإن جاء).
(3) في /ج: (إلا واحداً).
(4) في /أ: (نصيب).
(5) في /أ، ج: (الذي)، وما أثبته من نصه في المختصر، وهو الذي يقتضيه السياق.
(6) في /ج: (والثاني).
(7) في /ج: (من قبل أنهم ما كانوا يملكون).
(8) انظر: مختصر المزني /306، والأم 7/ 5.
(9) في /أ: (في اليمين).
(10) انظر: مختصر المزني /306.
(11) (حق) ساقط من /أ.
(12) في /أ: (آبائهم).

بالنكول[1]، فيبطل[2] حق الأحفاد، كما نقول في سائر الأيمان إذا نكل عنها[3] الموروث سقط حق الوارث[4].

وأما حق الأحفاد في المسألة الثانية[5]، فهو غير موقوف[6] على حق الأولاد؛ لأنه قال: وعلى أولاد الأولاد، فتلقى الفريقان الحق من المتصدق، ونزلوا في حق اليمين منزلة واحدة، فلئن بطل حق البطن الأول بالنكول، فلا يبطل حق البطن الثاني؛ لأنهم كالبطن الواحد في الاستحقاق، ولو أن بعض أولاد[7] الصلب نكلوا عن اليمين، ونشط بعضهم لها، فحلفوا ثبت حق الحالفين وبطل حق الناكلين.

مسألة (381): إذا استوعب[8] المريض ثلث ماله بالوصايا، ثم وقف الثلثين على الورثة، فالوقف باطل، إلا أن يتفق الورثة على الإجازة، فيكون صحيحاً[9].

ولو أن المريض وقف في مرضه داراً له يحملها الثلث على ابنه وابنته/ نصفين (196/ب) كان للإبن إبطال الوقف في ربع الدار؛ للتسوية، والتسوية ها هنا بفضل، ولم يكن له إبطال الوقف في الجميع[10]، ولا لها[11].

(1) في /أ: (في النكول).
(2) في /ج: (فبطل).
(3) (عنها) ساقط من /أ.
(4) انظر: أدب القضاء 1/ 633، وروضة الطالبين 11/ 281.
(5) (الثانية) ساقط من /ج.
(6) في /أ: (فغير مركب).
(7) في /أ: (أولاً).
(8) في /أ: (إذا استوجب).
(9) انظر: روضة الطالبين 6/ 114، ومغني المحتاج 3/ 43.
(10) في /ج: (في جميع الدار).
(11) وقال الشيخ أبو علي: ليس للابن ابطال الوقف إلا في سدس الدار؛ لأنه إنما تعتبر إجازته في حقه، وحقه منحصر في ثلثي الدار، وقد وقف عليه النصف، فليس له إلا تمام الثلثين، ولكن تتخير البنت في نصف السدس: إن شاءت أجازت، فيكون وقفاً، وإن شاءت ردت فيكون ملكاً. وصحح هذا النووي.
انظر: روضة الطالبين 6/ 114 ـ 115، والابتهاج خ. ج 4 ورقة: 137 ـ ب، والتتمة خ. ج 7 ورقة: 122 ـ ب.

والفرق بين المسألتين: أنه إذا تصرف في ثلثه بالوصايا، فقد صرف ما هو محل تصرفه، وهو الثلث إلى الوصايا، فليس له بعد ذلك وقف الثلثين، وإبطال حق الورثة في رقبة الملك، إلا أن يجيزوا بعد موته.

[وأما المسألة الثانية[1]، فإن تصرفه فيها ما جاوز الثلث][2]، ولو أنه أراد صرف ثلثه إلى الأجانب لكان ذلك له[3]، وإذا[4] أراد أن يحبسه على الورثة لم يكن للورثة[5] الاعتراض على تحبيسه، ولكن لما سوى بين الابن والبنت[6] كانت التسوية جوراً منه، وظلماً على الابن، فيوقف صحة الوقف في مقدار الحق على رضا الابن؛ فلذلك[7] قلنا: إنه إن رضي الإبن كان نصف[8] الدار وقفاً عليه ونصفها وقفاً على البنت، كما وقف المريض، وإن امتنع عن الإجازة كان له إبطال الوقف في الربع، فإذا بطل الوقف في الربع صار ذلك الربع ميراثاً بينهما، فيقتسمانه للذكر[9] مثل حظ الأنثيين، وكذلك [لو وقف على ابنه وزوجته نصفين، فقد ظلمه بثلاثة][10] أثمان الدار، فإن أجاز أمضينا الوقف[11] على المناصفة، وإن امتنع كان له أن يبطل الوقف في ثلاثة أثمان الدار[12] ويعود إليه، إذ لا يكون للمرأة أكثر من الثمن، فيكون نصيب[13] الابن سبعة أسهم، أربعة منها وقف ليس

(1) (الثانية) ساقط من /أ وهي زيادة يقتضيها السياق فأثبتها.
(2) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(3) في /أ: (لكن له ذلك).
(4) في /أ: (فإذا).
(5) في /أ: (لورثه).
(6) في /ج: (البنت والابن).
(7) في /ج: (ولهذا).
(8) في /أ: (أن رضا الابن كأن ينصف).
(9) في /أ: (فيقسمانه الذكر).
(10) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(11) في /أ: (الواقف).
(12) في /أ: (في ثلاثة الأثمان).
(13) (نصيب) ساقط من /أ.

له إبطال الوقف فيها[1]، وثلاثة منها ملك، فيكون للمرأة أن تقول: ليس من العدل أن يكون جميع نصيبي وقفاً وبعض نصيبك ملكاً، فنجعل ثمنها[2] سبعة أسهم أربعة[3] منها وقفاً، وثلاثة منها ملكاً[4].



(1) في / أ: (ليس له ابطالها).
(2) في / ج: (منها).
(3) (أربعة) ساقط من / ج.
(4) انظر: التتمة. خ. ج 7 ورقة: 122 ـ ب، وروضة الطالبين 6/ 115.

كتاب الهبات

مسألة (382): إذا وهب الرجل لولده، أو لبعض ورثته هبة ولم يتفق تسليمها حتى مرض[1] الواهب مرض موته، فسلمها يومئذٍ[2]، فالتسليم باطل، والهبة باطلة[3]؛ بتراخي تسليمها إلى المرض قولاً واحداً[4].

واختلف القول في رجل علق عتق مملوكه بصفة وهو صحيح يوم التعليق، فوجدت الصفة في مرض موته، فأحد القولين: أن العتق عتق الصحة، والقول الثاني: العتق عتق المرض[5].

والفرق بين المسألتين: أن الصفة إذا وجدت فإنها ليست بعقد للعتق ولا تحاكي بعض عقد العتق[6]، بل عقد العتق ما سبق من التعليق التام، غير أن العقد في العتق تارة ينعقد معجلاً وهو التنجيز وتارة ينعقد مؤجلاً وهو التعليق، والمؤجل/ (197/أ) يسمى عتقاً[7] إذا وجد الوصف بالتعليق المتقدم لا بوجود الوصف[8]، وإذا كان كذلك بان أن عقد العتق قد تكامل في الصحة؛ فلهذا جعلنا العتق عتق الصحة في أحد القولين، لا عتق المرض.

وأما عقد الهبة، فلا يتم إلا بالقبض، وإن سبق الإيجاب والقبول، فمنزلة

(1) في /أ: (مر).

(2) (يومئذٍ) ساقط من /أ.

(3) في /ج: (فالهبة باطلة والتسليم باطل).

(4) انظر: الأم 4/ 104.

(5) انظر: روضة الطالبين 6/ 134، ونهاية المطلب خ. ج 4 ورقة: 443، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني 1/ 403.

(6) (ولا تحاكي بعض عقد العتق) ساقط من /أ.

(7) في /ج: (والرجل يسمى معتقاً).

(8) في /أ: (الصفة).

القبض فيها منزلة شطر من شطري[1] العقد، والقبض قد وجد في زمان المرض، وهو لو أراد ابتداء هبة لوارثه في هذا الزمان كانت باطلة[2].

فإن قال قائل: ألستم تزعمون أن القبض إذا وجد استند الملك إلى عقد الهبة؟ فإذا كان العقد في الصحة والقبض في المرض، وجب أن يكون[3] العقد عقد صحة، لا عقد مرض.

قلنا: في هذه المسألة قولان: أحدهما: أن الملك يتعقب القبض، وهو المشهور.

والقول الثاني: إن الملك يستند إلى العقد على وجه التبيين[4]، وهذه الهبة على القولين جميعاً باطلة بتراخي القبض إلى المرض؛ لأنا وإن حكمنا بأن الملك يستند إلى القبض[5]، فإن القبض هو الركن، وهو السبب في حصول الملك، وزمان القبض زمان منع[6] هبة الوارث، والهبة للوارث باطلة في المرض؛ ولهذا قال[7] ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «لا وصية لوارث»[8]، ونحل أمير المؤمنين أبو بكر الصديق عائشة ـ رضي الله عنها ـ جداد عشرين وسقاً، فمرض قبل القبض، فقال أبو بكر ـ رضي الله عنه لعائشة ـ: «وددت لو كنت حزتيه، وإنما هو اليوم مال

(1) في /أ: (منزلة شرط من شرطي).
(2) انظر: الأم 4/ 104.
(3) في /أ: (وجب أن لا يكون).
(4) أي أنه موقوف، فإن قبض تبينا أنه ملك بالعقد.
انظر: روضة الطالبين 5/ 375، وحلية العلماء 6/ 49 ـ 50.
(5) (إلى القبض) ساقط من /ج.
(6) (منع) ساقط من /أ.
(7) في /ج: (فذلك قول النبي).
(8) حديث «إن الله عز وجل قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث».
أخرجه أبو داود في كتاب «الوصايا» باب «ما جاء في الوصية للوارث» حديث (2870)، وفي كتاب «البيوع والإجارات» باب «في تضمين العارية» حديث (3565).
والترمذي في «أبواب الوصايا» باب «ما جاء لا وصية لوارث» حديث (2120). وابن ماجه في كتاب «الوصايا» باب «لا وصية لوارث» حديث (2713). والنسائي كتاب «الوصايا» باب «ابطال الوصية للوارث» حديث (3402).

الوارث»[1]، فأطلق القول في إبطال تلك الهبة؛ لما[2] تأخر القبض إلى المرض.

مسألة (383): إذا وهب رجل[3] لرجل شيئاً هبة مؤقتة فقال: وهبت لك خمسين سنة، فالهبة باطلة[4].

ولو قال: وهبته لك ما دمت حياً على أنك إذا مت رجعت الهبة إليّ، فالهبة صحيحة[5]، وهذه حقيقة العمرى[6].

والفرق بينهما: أنه إذا جعلها مؤقتة لعمر الموهوب له، فهي في حق الموهوب له مؤبدة[7]؛ لأن كل من ملك[8] شيئاً لم يزد ملكه على مدة عمره.

وأما الهبات[9] إذا وقتها بخمسين سنة، فربما[10] يعيش الموهوب له ستين

(1) سبق تخريجه في جـ2 ص 479 هامش (1).
(2) في /أ: (ما).
(3) في /أ: (الرجل).
(4) انظر: مغني المحتاج 2/ 398، وقليوبي وعميرة 3/ 11.
(5) على الصحيح، ويلغوا الشرط.
وقيل: تبطل.
انظر: روضة الطالبين 5/ 370، وحلية العلماء 6/ 63، ومغني المحتاج 2/ 398.
(6) العمرى: عقد في الجاهلية في عطية مخصوصة. وهي من العمر؛ لأنه يجعلها عمره. وهي عقد جائز لقول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ «العمرى جائزة» رواه البخاري ومسلم.
قال السبكي: وصحة العمرى بعيد عن القياس، لكن الحديث مقدم على كل أصل. وكل قياس.
انظر: مغني المحتاج 2/ 399، والابتهاج خ. جـ 4 ورقة: 199 ـ أ، وشرح مختصر المزني خ. جـ 6 ورقة: 115 ـ أ. وصحيح البخاري كتاب «الهبة» باب «ما قيل في العمرى والرقبى» حديث (2). وصحيح مسلم كتاب «الهبات» باب «العمرى» حديث (1626).
(7) في /أ: (من يده).
(8) في /أ: (فكل).
(9) في /أ: (ولنا الهبة).
(10) في /أ: (ربما).

سنة، فلا يكون التمليك ممتداً[1] إلى آخر عمره، وكان أبو بكر القفال ـ رحمه الله ـ يقول: لو قال: بعت هذا الشيء منك على أنك إذا مت رجع ملكه إلي فاشتراه لزم[2] البيع، والشرط فاسد[3] لا فائدة فيه.

مسألة (384): إذا قال في لفظ العمرى: أعمرتك داري هذه، فقال/ : قبلت، (197/ب) وسلمها كانت هبة تامة[4] لم يختلف القول فيها[5].

واختلف قول الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في الرقبى[6]، فقال في القديم: إنه لا

---

(1) في /جـ: (مملكاً).

(2) في /أ: (لزمه).

(3) (فاسد) ساقط من /أ.
ولم أعثر على هذا النقل عن أبي بكر القفال رغم البحث.

(4) في /جـ: (ثابتة).

(5) اتفق الأصحاب على أنه إذا أطلق لفظ العمرى، فإن القول الجديد أنها تصح. واختلفوا في القول القديم، فقال أبو إسحاق المروزي: إن قوله القديم أن العمرى تصح. ونقله الماوردي عن أكثر القديم، وهو ما ذهب إليه المؤلف. وقال بعض الأصحاب: إن قوله القديم أن العمرى باطلة.
انظر: مختصر المزني / 134، وشرح مختصر المزني خ. جـ 6 ورقة: 115 ـ ب، وروضة الطالبين 5/ 370، والابتهاج خ. جـ 4 ورقة: 197 ـ أ.

(6) الرقبى: عقد في الجاهلية في عطية مخصوصة. من الرقوب؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه. وصورتها أن يقول: أرقبتك هذه الدار. فإن مت قبلك كانت الدار لك. وإن مت قبلي كانت راجعة إلي، وباقية على ملكي. وهي عقد جائز؛ لقول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «العمرى جائزة لأهلها، والرقبى جائزة لأهلها». رواه أبو داود والترمذي، وابن ماجة، والنسائي.
قال السبكي: «وصحة الرقبى بعيد عن القياس، لكن الحديث مقدم على كل أصل، وكل قياس».
انظر: شرح مختصر المزني خ. جـ 6 ورقة: 116 ـ أ، ومغني المحتاج 2/ 399، والابتهاج خ. جـ 4 ورقة: 199 ـ أ، وسنن أبي داود كتاب «البيوع والإجارات» باب «في الرقبى» حديث (3558)، وسنن الترمذي كتاب «الأحكام» باب «ما جاء في الرقبى» حديث (1351)، وسنن ابن ماجة كتاب «الهبات» باب «الرقبى» حديث (2383)، وسنن النسائي كتاب «العمرى» حديث (3500).

تصح الرقبى حتى يقول: جعلتها لك رقبى ولورثتك، والقول الجديد: إنها، كالعمرى[1].

والفرق بين العمرى والرقبى[2] واقع باللفظ، وهو: ما روي عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال: «من أرقب شيئاً له[3] ولورثته، فسبيله الميراث»[4].

مسألة (385): الهبة بشرط الثواب معاوضة[5]، ولكن إن كان العوض مجهولاً كان فيها قولان: أحدهما: هي باطلة، والثاني[6]: هي صحيحة[7]، والبيع بالعوض[8] المجهول باطل[9].

---

(1) انظر: مغني المحتاج 2/ 399، والمهذب 1/ 448، ومختصر المزني / 134 .

(2) في / ج: (بين الرقبى والعمرى).

(3) في / أ: (من أرقب شيئاً فهو له).

(4) لم أجد هذا الحديث باللفظ الذي ذكره المؤلف، وإنما وجدته بمعناه وهو ما رواه زيد بن ثابت أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: «من أعمر شيئاً، فهو لمعمره محياه ومماته، ولا ترقبوا، فمن أرقب شيئاً، فهو سبيل الميراث».
رواه البيهقي بهذا اللفظ وعنده ـ أيضاً ـ بلفظ: فهو سبيله، وهي رواية أبي داود، ورواه أيضاً النسائي عن جابر بلفظ: «لا ترقبوا، ولا تعمروا فمن أرقب، أو أعمر شيئاً، فهو لورثته»، ورواه الشافعي في المختصر عن جابر بنحو هذا اللفظ.
واستُدل بهذا الحديث على جواز الرقبى. قال السبكي ـ بعدما ذكر الحديث ـ «ظاهر هذا اللفظ أنها حرام، وتصح على التأبيد، لا على قصده الذي أعطاها». أ. هـ.
الابتهاج. خ. ج 4. ورقة: 195 ـ ب.
وانظر: سنن البيهقي كتاب «الهبات» باب «الرقبى» 6/ 175، وسنن أبي داود كتاب «البيوع والإجارات» باب «في الرقبى» حديث (3559)، وسنن النسائي كتاب «العمرى» حديث (3492)، ومختصر المزني / 134، وشرح مختصر المزني. خ ج 6 ورقة: 166 ـ ب.

(5) انظر: مغني المحتاج 2/ 404، وتحفة المحتاج 6/ 315.

(6) في / أ: (والثانية).

(7) والمذهب القول الأول.
انظر: مغني المحتاج 2/ 405، وقليوبي وعميرة 3/ 114، وتحفة المحتاج 6/ 315.

(8) في / ج: (والعوض).

(9) انظر: المجموع 9/ 328، والمنثور في القواعد 2/ 403، وشرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 121 ـ ب.

والفرق بينهما: أن الهبة عقد يستغني عن العوض، كما أن النكاح عقد يستغني عن العوض، ثم الجهالة بالمهر لا تقتضي فساد النكاح[1]، فكذلك الجهالة بعوض الهبة، بخلاف البيع، فإنه عقد لا يستغني عن العوض، فشرط[2] العوض المذكور فيه العلم، ثم إذا صححنا الهبة، والثواب فيها مجهول، فالأصح: أنه[3] يرجع إلى قيمة مثلها[4]، كما يرجع في النكاح[5] إلى مهر المثل[6]، ولا يصح مراعاة رضا الواهب، ولعله لا يرضى[7] إلا بأضعاف هبته، وليس يصح الاقتصار على ما يسمى مالاً، كما لا يرجع في النكاح إلى ما يسمى مهراً[8].

مسألة (386): إن[9] أطلق الهبة ومثله لا يستثيب، فلا ثواب[10]، وإن كان مثله يستثيب من مثل ذلك[11] الموهوب[12]، ففي الثواب قولان إذا صححنا

(1) انظر: المنثور في القواعد 2/ 403، ومغني المحتاج 3/ 220.
(2) في /أ: (بشرط).
(3) في /أ: (أن).
(4) انظر: الابتهاج خ. ج 4 ورقة: 209 ـ ب، 211 ـ ب، وروضة الطالبين 5/ 385.
(5) (في النكاح) ساقط من /أ.
(6) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 366، والابتهاج خ. ج 4 ورقة 209 ـ ب.
(7) في /أ: (ولا يرضى).
(8) وقيل: إنه يرجع في هذا إلى العادة، فكل ما يعد ثواباً، وإن كان أنقص قيمة من الموهوب، وجب على الواهب الاكتفاء به.
انظر: الابتهاج خ. ج 4 ورقة: 209 ـ ب، ونهاية المطلب خ. ج 4 ورقة: 464 ـ 465، وروضة الطالبين 5/ 385.
(9) في /أ: (وان).
(10) كهبة الأعلى للأدنى، مثل أن يهب الملك لرعيته، والأستاذ لغلامه، فإن اللفظ لا يقتضيه، وكذا العرف والعادة، فالكبير لا يستثيب من الصغير. وهذا مجمع عليه.
انظر: روضة الطالبين 5/ 385، ومغني المحتاج 2/ 404، ونهاية المطلب. خ. ج 4 ورقة: 464.
(11) في /أ: (وإن كان يستثيب مثل ذلك).
(12) كهبة الأدنى للأعلى.

الهبة[1].

والفرق بينهما: أن الحالة إذا اختلفت[2] أوجبت اختلاف[3] العادة، والعادة تقترن بالعقود[4]، كما تقترن بها العبارة، فتصير[5] في تقدير من قال: وهبت لك هذا على أن تثيبني، فيلزمه الثواب إذا صححنا الهبة بشرط الثواب المجهول[6].

مسألة (387): إذا وهب لرجل شقصاً شائعاً، وذكر عوضاً معلوماً لم تثبت الشفعة للشفيع حتى يتصل القبض بتلك الهبة في أحد القولين، والقول الثاني: إن الشفعة ثابتة بنفس العقد[7].

وإذا تزوج امرأة وأصدقها شقصاً، فالشفعة تثبت بنفس العقد[8]، وكذلك[9] في البيع[10].

والفرق بين الهبة وغيرها: أن العوض وإن صار مذكوراً في الهبة، فجنس

(1) أظهرهما عند الجمهور: لا ثواب.
والقول الثاني: إنه يجب الثواب، حملاً على العرف الجاري بين الناس، والعرف نازل منزلة التقييد باللفظ.
انظر: المراجع السابقة.

(2) في /أ: (إذا اختلف).

(3) (أوجبت اختلاف) ساقط من /ج.

(4) في /أ: (بألف مودة).

(5) في /أ: (كما تقترن بها العادة فنصب).

(6) في /أ: (من المجهول).

(7) وهو الأظهر.
انظر: روضة الطالبين 5/386، وبحر المذهب خ. ج 9 ورقة: 103 ـ أ، ونهاية المطلب خ. ج 4 ورقة: 465.

(8) لأن الصداق يملك بالعقد.
انظر: روضة الطالبين 5/78، والأشباه والنظائر للسيوطي / 324، وبحر المذهب خ. ج 9 ورقة: 73 ـ أ.

(9) في /أ: (فكذلك).

(10) انظر: روضة الطالبين 5/77، وبحر المذهب خ. ج 9 ورقة: 103 ـ أ.

العقد لا يتغير بكليته وجميع صفاته؛ ولهذا الواهب[1] بشرط الثواب[2] إن شاء أن لا يسلم الهبة كانت له [3]هبته[4]، وهذا غير موجود في النكاح والبيع، فإنهما عقدان/ لازمان بأنفسهما؛ فلهذا تأخر لزوم[5] الشفعة إلى أن يتصل القبض (198/أ) بالهبة، وإن لم يتأخر في سائر المعاوضات اللازمة[6].



(1) في /ج: (ولهذا أن الواهب)..
(2) في /أ: (ولهذا الواهب بثواب).
(3) في /أ: (كان له سنته).
(4) لأنها لا تلزم قبل القبض. وهذا على القول: إن هبة الثواب عقد هبة، لا عقد بيع. انظر: روضة الطالبين 5/ 386، ونهاية المطلب خ. ج 4 ورقة: 465.
(5) في /أ: (اللزوم).
(6) في /أ: (في سائر المعلومات اللازمة).

كتاب اللقطة

مسألة (388): الملتقط إذا قصّر في التعريف في أثناء السنة بعد اقتران التعريف بابتداء الأخذ، ثم عاود التعريف وداوم[1] عليه لم يصر بذلك ضامناً[2]، ولو التقط ونوى مع أول[3] الالتقاط ترك التعريف لم تنفعه بعد ذلك التوبة والتعريف، وصار ضامناً للُّقطة[4].

والفرق بين المسألتين: أن أخذه في المسألة الأولى أخذ أمانة في الأصل غير أنه فرط في القيام بحق الأمانة[5] التي تقلدها، فيكون أصل الأمانة مستداماً مستصحباً؛ ولهذا المُوْدَع لو عزم على الخيانة ولم تتحقق الخيانة بالاستعمال والمنع عند المطالبة بالرد لم يصر بذلك[6] ضامناً[7]، وأما إذا التقطها وقصده[8] مع أول

---

(1) في /أ: (ودوام).

(2) انظر: نهاية المطلب. خ. ج 4 ورقة: 471، وروضة الطالبين 5/ 406 ـ 407، والابتهاج.خ. ج 4 ورقة: 221 ـ ب ـ 222 ـ أ.

(3) في /أ: (الأول).

(4) لا خلاف في ضمانه، أما تملك اللقطة، فقد قطع المؤلف ـ رحمه الله ـ هنا بأنه لا يملك. وهو المذهب.
وذكر الشيخ أبو علي السنجي وجهين:
أحدهما: ما قطع به المؤلف.
والثاني: أنه يملك إذا وفى بالتعريف؛ لوجود صورة الالتقاط.
انظر: المراجع السابقة.

(5) في /أ: (في حق القيام بالأمانة).

(6) في /ج: (ذلك).

(7) على الصحيح. وقال ابن سريج: يضمن بمجرد النية.
انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 39، والقواعد للحصني القسم الأول 1/ 211 ـ 212، ونهاية المطلب خ. ج 4 ورقة: 472.

(8) في /أ: (وقصد).

الالتقاط قصد خائن كاتم فيده يد غاصب، واليد إذا اتصفت بصفة الخيانة في الابتداء[1] استحال أن تنقلب إلى صفة الأمانة في الانتهاء.

مسألة (389): إذا التقط من نصفه حر ونصفه عبد دخلت اللقطة في المهاياة على أصح القولين[2] [3]، ولا تدخل على القول الثاني[4].

[وأما الوصايا والهبات يقبلها، فلا تدخل هذه الأملاك في المهاياة قولاً واحداً[5]][6]، بل تتقسط على نصفه أبداً.

وأما أكسابه المعتادة فداخلة في المهاياة قولاً واحداً[7].

والفرق بين الجنسين: أن الأكساب[8] المعتادة هي[9] المقصودة في العرف الغالب[10] لعادة المهاياة، فكانت المعاقدة مؤثرة فيها، فيكون يوماً للسيد ويوماً

(1) في /أ: (في ابتداء).
(2) في /ج: (على أحد القولين).
(3) فإن وقعت اللقطة في نوبة السيد عرفها وتملكها. وإن وقعت في نوبة العبد عرفها وتملكها.
انظر: روضة الطالبين 5/ 399، ومغني المحتاج 2/ 409، وحلية العلماء 5/ 546.
(4) (ولا تدخل على القول الثاني) ساقط من /أ.
وانظر: المراجع السابقة.
(5) هذا إذا صرح بعدم إدراجها في المهاياة، كما أشار إليه المؤلف ـ رحمه الله ـ في الفرق. أما إذا لم يصرح، ففيها القولان في اللقطة.
قال النووي: والراجح طرد الخلاف مطلقاً.
انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الأول 2/ 292، وروضة الطالبين 6/ 103.
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(7) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 235، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الأول 2/ 292.
(8) في /أ: (والفرق بين المسألتين أن الاكتساب).
(9) (هي) ساقط من /أ.
(10) في /أ: (والغالب).

للملوك[1]، بخلاف اللقطة والتقاطها والوصية وقبولها، فذلك من نوادر الاتفاق، ولا تعد من جملة أكسابه[2] المعروفة، وإن كان إذا تملكها التحقت بما ملك على جهة الاكتساب، فبقيت بالعرا عن المهاياة[3]، وإذا لم تدخل في المعاقدة نزلت منزلة الأصل في التقسط، وصار، كما لو كانت[4] المهاياة مفقودة؛ فلهذا انقسمت أبداً على نصفه[5].

نكتة: اعلم أن الشخص إذا كان نصفه حراً ونصفه عبداً، فهو كالعبد القن[6]، حتى إذا قلنا: العبد ليس من أهل الالتقاط[7]، قلنا في هذا الشخص ما قلناه في العبد[8]؛ لما فيه من نقص الرق[9]، وكذلك المكاتب وإن كان له ملك[10].

فإن قال قائل: أليس قد قال الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ: والمكاتب[11] في اللقطة كالحر؟/ [12]. (198/ب)

---

(1) في / أ: (للملوك).

(2) في / أ: (الأكساب).

(3) في / ج: (فبقيت لا تعدوا على المهاياة).

(4) في / أ: (فصار كما لو كان).

(5) في / أ: (على نصفيه).

(6) ليس هذا على الإطلاق؛ لأنه يعطي حكم الحر في بعض الأحكام ومنها صحة بيعه، وشرائه، وسلمه، واجارته، ورهنه، ووقفه، وهبته، وسائر تبرعاته إلا العتق.
انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 132، والقواعد للحصني القسم الأخير 1/ 173.

(7) وهو الأظهر.
انظر: روضة الطالبين 5/ 393، ومغني المحتاج 2/ 408.

(8) في / أ: (في العقد).
والمذهب صحة التقاطه.
انظر: روضة الطالبين 5/ 399، ومغني المحتاج 2/ 409.

(9) في / أ: (الرزق).

(10) في / أ: (أن له ملكاً).
والمذهب صحة التقاط المكاتب كتابة صحيحة.
انظر: مغني المحتاج 2/ 408، وروضة الطالبين 5/ 397.

(11) في / ج: (المكاتب) بسقوط الواو.

(12) انظر: مختصر المزني / 136، والأم 4/ 68.

قلنا: ما أراد بهذا اللفظ أنه كالحر من جميع الوجوه، وإنما أراد بهذا أنه[1] كالحر في استحقاق التملك إذا انقضت سنة التعريف، بخلاف المملوك، فإنه لا يستحق التمليك[2] إذا انقضت سنة التعريف، وإنما يستحقها[3] مالك المملوك[4].

مسألة (390): إذا التقط المملوك، وانقضت سنة التعريف، ثم استهلك اللقطة ـ وقلنا: طريق الالتقاط طريق الاكتساب[5] ـ فضمانها في ذمته[6].

---

(1) (أنه) ساقط من / أ.

(2) (التمليك) ساقط من / ج.

(3) في / أ: (وإنما يستحق).

(4) انظر: شرح مختصر المزني. خ. ج 6 ورقة: 133 ـ ب.

(5) اللقطة فيها معنى الأمانة والاكتساب.
وهل المغلب الأمانة، أم الاكتساب؟.
فيه وجهان، ويقال: قولان:
أحدهما: أن الأمانة هي الغالبة؛ لأن الالتقاط يقترن به معنى الأمانة وحكمها، ثم يتمادى إلى انقضاء التعريف، فهذا ناجز متحقق والتملك منتظر، قد يكون وقد لا يكون، فليقع التغليب للحكم الحاضر.
والثاني: أن الاكتساب أغلب فإنه مآل الأمر وعاقبته في الغالب والنظر إلى عواقب الأشياء لا إلى مبادئها.
انظر: روضة الطالبين 5/ 392، ونهاية المطلب. خ. ج 4 ورقة: 478، والسلسلة خ. ورقة: 104 ـ أ.

(6) وذكر النووي وجهين:
أحدهما: ما ذكره المؤلف.
والثاني: أن الضمان في رقبته، ثم قال: وبالأول قطع الشيخ أبو محمد في الفروق.
وقال إمام الحرمين: «فالمذهب أن القيمة تتعلق بذمة العبد تتبع به إذا عتق، ولا يطالب السيد به أصلاً. وأبعد بعض أصحابنا، فقال تتعلق القيمة برقبة العبد، فإنها لزمت من غير معاملة صدرت من مالك العين فكانت كأرش الجناية، وهذا مزيف لا أصل له». أ. هـ.
نهاية المطلب. خ. ج 4 ورقة: 487، وانظر: روضة الطالبين 5/ 395 ـ 396، والابتهاج خ. ج 4 ورقة: 217 ـ أ.

ولو استهلكها قبل انقضاء السنة [فضمانها في رقبته[1].

والفرق بين المسألتين: أن الحر لو التقط، فانقضت السنة][2] كان له الارتفاق والاشتقاق[3]، وليس ذلك له قبل انقضاء السنة[4]، فإذا استهلك المملوك بعد الحول، فكأنه استقرض قرضاً فاسداً، واستهلكه، ومثل هذا القرض يكون في ذمته دون رقبته[5]، وكذلك ثمن ما اشتراه شراءً فاسداً فاستهلكه[6]، وأما إذا أتلفها[7] قبل الحول، فذلك منه جناية محضة؛ لأن وقت التمليك لم يدخل، وإذا تمخضت الجناية على مال الغير تعلقت القيمة بالرقبة[8].

فإن كانت قيمة اللقطة تفوق الرقبة لم يضمن السيد الزيادة في سائر أمواله[9]، إلا أن يكون على علم وبصيرة من التقاط[10] عبده، ثم يترك اللقطة في يده مع علمه بحاله وقلة أمانته[11]، فإن كان أميناً عنده ظاهر الأمانة بحيث

(1) وهو المذهب. وبه قطع الجمهور. وعن أبي إسحاق والقاضي أبي حامد أن المسألة على قولين: أحدهما: تتعلق بذمته، والثاني: برقبته.
انظر: المراجع السابقة.

(2) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(3) الاشتقاق: الأخذ.
انظر: الصحاح 4/ 1503، ولسان العرب 10/ 184.

(4) انظر: روضة الطالبين 5/ 406 ـ 407، ومغني المحتاج 2/ 412.

(5) انظر: روضة الطالبين 5/ 395، والأشباه والنظائر للسيوطي / 230، والابتهاج.خ. ج 4. ورقة: 217 ـ أ.

(6) انظر: نهاية المطلب.خ. ج 4. ورقة: 488، والقواعد للحصني القسم الأخير 1/ 171.

(7) في /أ: (وأما إذا اتفلها).

(8) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 230، والقواعد للحصني القسم الأخير 1/ 171.

(9) في /ج: (ماله).
وانظر: الأم 4/ 68، ومختصر المزني / 135.

(10) في /ج: (من الالتقاط).

(11) فيضمن السيد.
انظر: روضة الطالبين 5/ 396، ومختصر المزني / 135.

يستجيره[1] ويستحفظه ماله معتمداً أمانته، فإذا استهلكها ـ وهذه حالته[2] ـ فالضمان لا يعدو رقبته، كسائر الجنايات[3].

نكتة: ثم اعلم أن كل[4] ضمان تعلق برقبة[5] المملوك في جناية ورقبته غير وافية، فهل يتبع بفضل الضمان زمان الحرية؟.

فعلى وجهين: أحدهما: أنه محصور في الرقبة والذمة بمعزل عنه، والثاني: أن الفضل الذي ضاقت الرقبة عنه مستقر في الذمة[6].

مسألة (391): إذا التقط شاة[7] في مفازة فله في[8] الحال ذبحها وأكلها[9]، واختلف نص الشافعي ـ رحمه الله ـ في الطعام يلتقطه وهو مما لا يمكن حبسه، فقال في موضع: يأكله، كما يأكل الشاة، وقال في موضع: ليس له أكله، وعليه بيعه وأخذ ثمنه[10].

---

(1) في /أ: (يستجريه).

(2) في /أ: (وهذه حاله).

(3) انظر: الأم 4/ 68، ومختصر المزني / 135، ونهاية المطلب.خ. جـ 4 ورقة: 481 ـ 482.

(4) في /أ: (إن كان).

(5) في /أ: (برقبته).

(6) فإن لم يوف الثمن طولب العبد بالباقي بعد العتق.
والأول هو الأظهر.
انظر: مغني المحتاج 2/ 101، وقليوبي وعميرة 3/ 158.

(7) (اشاه) ساقط من /أ.

(8) (في) ساقط من /أ.

(9) لحديث زيد بن خالد الجهني أنه جاء رجل إلى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقال: كيف ترى في ضالة الغنم؟ قال النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ خذها فإنما هي لك أو لأخيك، أو للذئب.. ثم قال: كيف ترى في ضالة الإبل؟ قال، فقال: دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها «متفق عليه».
انظر: مختصر المزني / 136، وروضة الطالبين 5/ 403، ونهاية المطلب خ. جـ 4. ورقة: 491.
وصحيح البخاري كتاب «اللقطة» باب «ضالة الغنم» حديث (3)، وصحيح مسلم كتاب «اللقطة» حديث (1722).

(10) انظر: مختصر المزني / 136، والأم 4/ 68.

والصحيح أن المسألتين إنما تفترقان فرق جمع، وجملة المذهب[1] فيهما: أنه متى ما[2] وجد من يشتري فأمكنه[3] صرف العين إلى الثمن والتحفظ به لزمه ذلك، ومتى ما تعذر وخاف الفساد ـ لو أمسك[4] ـ كان له أن يبتدر الأكل[5].

ثم تختلف الأحوال، فربما يجد الطعام في المفازة، وربما يجده في البلدة، فأما إذا وجده[6] في [المفازة سلكنا به مسألة الشاة لاجتماعهما[7] في المعنى، وإذا وجد في][8] البلد فلا يكاد[9] يعدم/ من يشتريه منه ليحفظ ثمنه. (199/أ)

وكذلك قال الشافعي[10] ـ رضي الله عنه ـ: «إذا وجد الشاة أو البعير[11] أو الدابة ما كانت[12] في المصر، أو في قرية[13]، فهي لقطة يعرفها سنة»[14]، [ولم

(1) في /أ: (والمذهب).
(2) (ما) ساقط من /أ.
(3) في /أ: (وأمكنه).
(4) في /ج: (أن أمسك).
(5) نزّل المؤلف ـ رحمه الله ـ القولين على حالين للجمع بين الأقوال في المسألتين. وجعل أبو الطيب الطبري القولين على الخيار فقال: «وأشار المزني إلى أن المسألة على قولين: أحدهما: يأكله، والثاني: يبيعه، وليس كذلك، بل المسألة على ما نص عليه الشافعي وهو أنه بالخيار بين أن يأكلها، ويغرم بدلها، وبين أن يبيعها. والمستحب أن يبيعها؛ لأنه أشبه باللقطة؛ لأن الثمن يقوم مقام العين» أ. هـ.
شرح مختصر المزني.خ. ج 6. ورقة: 136 ـ ب.
(6) في /أ: (فأما قصده).
(7) في /أ: (لاجتماعها). ولعل الصواب ما أثبت.
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(9) في /أ: (في البلدة ولا يكاد).
(10) في /ج: (ولذلك قال أيضاً الشافعي).
(11) (أو البعير) ساقط من /ج.
(12) في /ج: (إن كانت).
(13) في /أ: (أو في القرية).
(14) (سنه) ساقط من /ج.
وانظر: مختصر المزني /136.

يأذن لمن كان في الصحراء أن يلتقط بعيراً، أو دابة، أو ما كان من الممتنعات][1]؛ لامتناعها[2]، وهي في المصر غير ممتنعة؛ فلهذا فصلنا بينهما.

مسألة (392): إذا وجد الشاة في مهلكة[3] فأكلها لم يأمره الشافعي ـ رحمه الله ـ بتعريف القيمة[4]، ونص على تعريف القيمة في الطعام إذا أكله[5].

والفرق بينهما: أن الشاة إذا ضاعت في[6] مهلكة طلبها صاحبها حيث ضاعت، فلا ينفع التعريف في البلدان، وأما الطعام إذا وجده[7] في البلد ينفع التعريف[8]، ولا يبعد ظهور صاحبه.

وإن وجد الطعام في المهلكة التحق حكمه في التعريف بحكم الشاة[9]، ومن أصحابنا من جعلهما على قولين، والصحيح تنزيلهما على حالين، والله أعلم بالصواب.

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.

(2) قال الشافعي في الأم 4/ 65 ـ 66: «وليس ذلك له في ضالة الإبل ولا البقر؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما وإنما كان ذلك له في ضالة الغنم والمال لأنهما لا يدفعان عن أنفسهما ولا يعيشان والشاة يأخذها من أرادها وتتلف لا تمتنع من السبع إلا أن يكون معها من يمنعها والبعير و البقرة يردان المياه وإن تباعدت ويعيشان أكثر عمرهما بلا راع، فليس له أن يعرض لواحد منهما والبقر قياساً على الإبل» أ. هـ ويستدل لذلك من السنة بحديث زيد بن خالد الجهني، وقد سبق ذكره في ص: 37. ت: 9.

(3) في / أ: (في ملكه).

(4) المراد تعريف اللقطة، لا القيمة؛ لأن القيمة لا تعرف.
انظر: الأم 4/ 65، وشرح مختصر المزني خ. جـ 6 ورقة: 137 ـ أ، وروضة الطالبين 5/ 412.

(5) انظر: مختصر المزني / 136، وشرح مختصر المزني خ. جـ 6 ورقة: 136 ـ ب.

(6) (في مهلكة) ساقط من / أ.

(7) في / أ: (وجد).

(8) (ينفع التعريف) ساقط من / أ.

(9) انظر: نهاية المطلب خ. جـ 4 ورقة: 490.

كتاب التقاط المنبوذ

مسألة (393): القاضي أولى[1] بحضانة كل طفل لا أب له، ولا جد، ولا وصي يقوم بحقه من جهة أبيه، أو جده، فيسلمه[2] القاضي[3] إلى من يستصلحه لحضانته وتربيته[4]، وأما اللقيط إذا وجد منبوذاً[5] في بلاد الإسلام فالمسلم[6] الذي وجده، والتقطه أولى بحضانته، وحفظه من القاضي، وليس للقاضي أن ينتزعه من يده ما دام[7] ذلك الملتقط مأموناً فيه[8].

والفرق[9] بين الصغيرين: أن الصغير الذي ليس بلقيط كان له كافل معلوم لا محالة[10]: إما أب وإما أم ففقد[11] ذلك الكافل، فصارت ولايته، وحضانته إلى القاضي، كما كانت أمور المسلمين إليه.

وأما هذا اللقيط[12] فإنه بعدما صار منبوذاً صار مفتقراً إلى كافل، فكان التقاطه

---

(1) (أولى) ساقط من / ج.
(2) في / ج: (يسلمه).
(3) في / أ: (للقاضي).
(4) انظر: روضة الطالبين 5/ 418، ومغني المحتاج 2/ 418، والابتهاج خ. ج 4 ورقة: 227 ـ ب، وكفاية الأخيار 2/ 6.
(5) (منبوذاً) ساقط من / أ.
(6) في / أ: (والمسلم).
(7) في / أ: (وليس للقاضي انتزاعه عن يده وما دام).
(8) في / ج: (مأموناً ثقة).
وانظر: نهاية المطلب خ. ج 4 ورقة: 508، والتتمة خ. ج 7. ورقة: 34 ـ ب.
(9) (والفرق) مكررة في / أ.
(10) في / أ: (ولا محالة).
(11) في / أ: (أما أب أو أم فقد).
(12) في / أ: (المتلقط).

فرضاً من فروض [الكفايات[1]، فلما عثر عليه هذا العاثر فاختار التقاطه قام بفرض][2] الكفاية في الالتقاط غير مسبوق، فثبت له بذلك اختصاص في الاستحقاق ما دام راغباً في الحفظ.

ومثال هذا: أن القاضي[3] أولى بحفظ أموال الغائبين والمفقودين وكل مال ضائع في بلاد الإسلام[4]، وإذا التقط رجل لقطة كان الملتقط أولى بحفظها من القاضي، ولم يكن للقاضي انتزاعها من يده لما ثبت له بالأخذ من الحق والاختصاص، حتى يثبت له حق التملك في وقت مخصوص[5]، ومثل ذلك لا يثبت على اللقيط.

مسألة (394): للملتقط[6] على اللقيط ولاية الحضانة بشرط: الأمانة، وهو أولى الناس بحفظه[7].

وإن/ كان مع اللقيط مال، فالقاضي أولى بالتصرف في ماله، حتى قال (199/ب) الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ما أنفق الملتقط منه بغير أمر الحاكم، فهو ضامن»[8].

والفرق بين نفسه وماله[9] ـ حين عثر عليه ـ: أن[10] الملتقط لم يكن في يد

---

(1) انظر: روضة الطالبين 5/ 418، ومغني المحتاج 2/ 418.

(2) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(3) في /ج: (للقاضي).

(4) وهذه قاعدة فقهية وعبر عنها ابن السبكي فقال: «الأموال الضائعة يقبضها القاضي حفظاً لها على أربابها». أ. هـ.
الأشباه والنظائر 1/ 487، وانظر: الشرح الكبير 6/ 105، وروضة الطالبين 2/ 287، ومغني المحتاج 2/ 418.

(5) وهو بعد تعريفها سنة.
انظر: روضة الطالبين 5/ 407، 412، ومغني المحتاج 2/ 415.

(6) في /ج: (الملتقط).

(7) انظر: نهاية المطلب.خ. ج 4 ورقة: 508، والتتمة خ. ج 7 ورقة: 34 ـ ب، ومغني المحتاج 2/ 418.

(8) انظر: مختصر المزني / 136، وشرح مختصر المزني.خ. ج 6 ورقة: 141 ـ ب، ونهاية المطلب.خ. ج 4 ورقة: 510، وروضة الطالبين 5/ 427.

(9) (وماله) مكررة في /ج، وفي /أ: (وبين ماله).

(10) (أن) ساقط من /أ.

مختص به[1]، بل كان خالياً[2] عن كل يد، فتثبت له اليد عليه لما اختار أن يلتقطه[3].

وأما المال الذي وجده[4] معه، فليس بخال[5] عن اليد[6]؛ لأن يد اللقيط ثابتة عليه؛ ولهذا قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ما وجد تحت المنبوذ[7] من شيء مدفون من ضرب الإسلام، فإن كان قريباً منه، فهو لقطة، وإن كان على دابة، أو على فراش[8]، أو في ثوبه مال، فهو للّقيط[9]، وإذا[10] ثبت يد الطفل في الظاهر كان ذلك المال[11] مضافاً إلى يد معلومة، والمال المضاف إلى يد معلومة يستحيل أن يكون لقطة؛ فلهذا ألحقناه بأموال أطفال بلاد الإسلام الذين[12] لا قيِّم لهم، فيكون التصرف فيها[13] مفوضاً إلى القاضي دون غيره.

مسألة (395): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو أمر القاضي ملتقط اللقيط أن يستسلف للانفاق[14] عليه يكون[15] ديناً، فما ادعى قبل منه إذا كان مثله

---

(1) (به) ساقط من / ج.
(2) في / أ: (من).
(3) في / أ: (أن يلتقط).
(4) (وجده) ساقط من / أ.
(5) في / ج: (فليس يخلوا).
(6) في / أ: (عند اليد).
(7) في / أ: (تحت اللقيط).
(8) في / أ: (وإن كانت دابة أو فرس).
(9) في / أ: (فهو ملتقطه).
وانظر: مختصر المزني / 136.
(10) في / أ: (إذا) بدون واو قبلها).
(11) (المال) ساقط من / أ.
(12) في / أ: (الذي).
(13) (فيها) ساقط من / أ.
(14) في / أ: (الانفاق).
(15) في / أ: (فيكون).

قصداً»[1]، فقبل الشافعي قوله فيما استقرض وأنفق على الملتقط إذا كان انفاقاً بمعروف[2] على جهة القصد، لا على جهة السرف، فإذا بلغ الطفل واستفاد مالاً طولب بأدائه إذا لم يتفق أداؤه من بيت المال[3].

ولو أن رجلاً اكترى داراً، فأمره صاحب الدار بانفاق الكراء على عمارتها، فادعى[4] مقداراً، فكذبه صاحب الدار، فالمذهب الصحيح أنه لا يقبل قول المكتري في المقدار الذي يدعيه إلا ببينة[5] [6].

والفرق بين المسألتين: أن المكتري ملتزم الأجرة[7]، والأصل استقرارها في الذمة، فهو بما يدعي[8] من الانفاق يدعى براءة ذمته عن[9] ذلك المقدار من الكراء[10]، وكل من ادعى براءة ذمته بإبراء، أو قضاء لم يقبل قوله إلا ببينة[11].

وأما الملتقط، فإنه بريء الذمة، واللقيط في يده أمانة، وقد ائتمن عليها أمانة في نفقته[12]، فإذا ادعى مقداراً يقبله[13] العقل[14] في مصروف مثله وجب قبول

---

(1) انظر: مختصر المزني / 136.

(2) في /أ: (بالمعروف).

(3) انظر: شرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 141 ـ ب، ومغني المحتاج 2/ 421، وقليوبي وعميرة 3/ 125 ـ 126، والتتمة خ. ج 7 ورقة: 37 ـ ب.

(4) في /أ: (وادعى).

(5) في /ج: (إلا بالبينة).

(6) وقيل: إنه يصدق بيمينه إذا ادعى قدراً محتملاً.
أنظر: مغني المحتاج 2/ 334، والشرح الكبير 12/ 201 ـ 202، وتحفة المحتاج 6/ 128.

(7) (الأجرة) ساقط من /أ.

(8) في /أ: (وهو ما يدعى).

(9) في /أ: (على).

(10) في /أ: (من المكري).

(11) انظر: الأم 8/ 51، والوجيز 2/ 291، والبيان خ. ج 5 ورقة: 93 ـ أ.

(12) في /ج: (وقد امن عليه في نفقته).

(13) في /ج: (يقبل).

(14) في /أ: (العقد).

قوله، كالقيم المتصرف في مال اليتيم إذا ادعى انفاقاً عليه بمعروف[1] كانت الدعوى مسموعة[2].

مسألة (396): الفاسق إذا التقط لقيطاً نزعه الحاكم منه، وضمه إلى مأمون[3]. وإذا التقط الفاسق لقطة، ففيها/ [4] قولان: أحدهما: أنها تنزع من يده، [والقول الثاني: إنها لا تنزع من يده[5]][6]. (200/أ)

والفرق بينهما: أن التقاط المال بما[7] فيه من معنى الأمانة لا يخلو عن ثبوت الاكتساب، والفاسق هو[8] من أهل الاكتساب.

وأما[9] التقاط اللقيط، فليس فيه معنى الاكتساب، وإنما هو[10] محض الأمانة، فإذا[11] كان فاسقاً لم يجز أن تقر الأمانة في يده.

مسألة (397): إذا عثر رجلان على لقطة كانا فيها سواء[12] إذا اشتركا[13] في التقاطها، فإذا[14] انقضت مدة التعريف كانا سواء في حق التمليك، ولا

---

(1) في /أ: (بالمعروف).
(2) انظر: أدب القضاء 2/ 338، وروضة الطالبين 6/ 320، ومغني المحتاج 2/ 236.
(3) انظر: روضة الطالبين 5/ 419، ومغني المحتاج 2/ 418، وقليوبي وعميرة 3/ 124.
(4) (ففيها) مكرر في /أ.
(5) والقول الأول: أظهر.
انظر: روضة الطالبين 5/ 393، ومغني المحتاج 2/ 407، وقليوبي وعميرة 3/ 116.
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(7) في /أ: (إنما).
(8) (هو) ساقط من /ج.
(9) في /أ: (من أهل الاكتساب وليس من الأمانة وأما).
(10) في /أ: (فليس فيه معنى الاكتساب ثابت وإنما هو).
(11) في /أ: (إذا).
(12) في /ج: (كانا سواء فيها).
(13) في /أ: (إذا استويا).
(14) في /أ: (وإذا).

يقرع بينهما فيها وإن[1] تشاحا[2].

وإذا التقط رجلان لقيطاً، فتشاحا فيه، فقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «أقرعت[3] بينهما، فمن خرج سهمه دفعته إليه، وإن كان الآخر خيراً له إذا لم يكن مقصراً عما فيه مصلحته»[4].

الفرق بين اللقيط واللقطة: أن المقصود في اللقيط تربيته وتغذيته بما هو أقرب[5] إلى مصالحه، ومتى[6] ما تنازعاه متشاحين، فلا يحصل حسن تربيته إلا بتسليمه إلى أحدهما؛ لأنه إذا تردد بينهما في التعهد[7] والنفقة كان، كالضائع.

ألا ترى أن العبد المشترك لا يهتدي في نفقته، وكسوته إلى ما يهتدي إليه العبد الخالص، فراعينا كمال صلاحه في قطع حق أحدهما عنه وإفراد الثاني به[8].

وأما المال وجد لقطة[9]، فلا ضرورة ولا مضارة في نسبة الحق إليهما، يقومان[10] بحفظه، كما يفعلان في المال المشترك بينهما، وإن شاءا[11] وضعاه عند ثقة، وإن شاء أحدهما أن يحفظه بإذن صاحبه إلى خاتمة الحول كان ذلك له، ولا يظهر بذلك ضرر، غير أن الشافعي ـ رحمه الله ـ خص الإقراع ببعض المسائل دون بعض، فقال: «إن كان أحدهما مقيماً بالمصر والآخر من غير أهله دفعته إلى المقيم،

---

(1) في / أ: (فإن).
(2) انظر: روضة الطالبين 5/ 415، وكفاية الأخيار 2/ 6.
(3) في / أ: (يقرع).
(4) انظر: مختصر المزني / 136، وشرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 141 ـ ب، 142 ـ أ، ونهاية المطلب خ. جـ 4 ورقة: 512، 514 ـ 515.
(5) في / أ: (قرب).
(6) في / أ: (ومتى شاء).
(7) في / أ: (في التعدد).
(8) في / أ: (عنه).
(9) في / ج: (وأما إذا وجد).
(10) في / أ: (فيقومان).
(11) في / أ: (وإن شاء).

وإن كان قروياً وبدوياً دفع إلى القروي؛ لأن القرية خير له من البادية، وإن كان عبداً وحراً دفع إلى الحر»[1].

مسألة (398): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ اللقيط إذا وجد في مدينة الإسلام، أو مدينة فيها بعض[2] المسلمين ـ وإن قل العدد ـ وقد اشترك في التقاطه مسلم وذمي دفعته إلى المسلم[3]، وإن كانت المدينة لأهل الذمة[4] لا يشاركهم[5] فيها أحد[6] من المسلمين، فاللقيط/ ذمي في الظاهر حتى يصف الإسلام بعد البلوغ[7]. **(200/ب)**

وإنما كان كذلك[8]؛ لأن الحكم بالدار واجب.

ألا ترى أن الموجود قتيلاً في دار الإسلام خلاف[9] الموجود قتيلاً في دار الحرب في حكم الصلاة والدفن اعتباراً بالدار[10] [11]، فإذا[12] وجب مراعاة الدار العامة وجب مراعاة الدار الخاصة[13]، فإذا وجد المنبوذ[14] في مدينة اختص أهل

---

(1) انظر: مختصر المزني / 136، وشرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 142 ـ أ ـ ب.
(2) (بعض) ساقط من / أ.
(3) انظر: مختصر المزني / 136، وشرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 142 ـ ب.
(4) في / أ: (لأهل المدينة).
(5) في / ج: (لا يشاكهم).
(6) في / أ: (غيرهم).
(7) في / ج: (ولا نحكم له بالإسلام إلا بعد البلوغ).
وانظر: مختصر المزني / 137، وشرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 143 ـ ب ـ 144 ـ ب.
(8) في / ج: (ذلك).
(9) في / أ: (بخلاف).
(10) في / أ: (والدار).
(11) فالموجود في دار الإسلام يغسل ويصلى عليه.
انظر: المجموع 5/ 254، والشرح الكبير 5/ 145.
(12) في / أ: (إذا).
(13) في / أ: (الخاصره).
(14) (المنبوذ) ساقط من / أ.

الذمة بسكونها[1] لا يشاركهم فيها غيرهم غلب على القلب أن اللقيط منهم وأن بعضهم نبذه لبعض، ومن البعيد أن يحمل المسلم، أو المسلمة لقيطاً مسلماً إلى مدينة المشركين[2]، فينبذه فيها ليلتقطه المشركون.

وأما إذا كانت المدينة للمسلمين، أو كانت مختلطة السكان، فالمسلمون أولى بنسبة الدار، وحق الدار إليهم[3] من حيث كانت الدار، أو المدينة في دار الإسلام، فمنزلة المسلم[4] الواجد مع الذميين في هذه المدينة[5] منزلة مالك الدار مع ساكنها فيها[6]؛ لأنهم سكان دار الإسلام، والمسلمون من الأصول في الدار.

مسألة (399): الملتقط إذا ادعى [أن اللقيط عبده لم يقبل منه قوله إلا بالبينة[7]، ولو ادعى][8] أنه ولده قبلنا دعواه وألحقناه به[9].

والفرق بينهما ظاهر وهو: أن الدار دار الحرية، فإذا ادعى رقه منع ظاهر الدار تصديقه إلا أن تقوم[10] بتصديقه البينة العادلة.

وأما إذا ادعى نسبه، فإنما تقبل دعواه؛ لأن نسبه مجهول، والدار لا تدل على

---

(1) في /أ: (أهل المدينة لسكناها).
(2) في /أ: (إلى المدينة أي مدينة المشركين).
(3) في /أ: (لمثلهم).
(4) (المسلم) ساقط من /أ.
(5) (المدينة) ساقط من /جـ.
(6) أي في الدار.
(7) على أظهر القولين.
القول الثاني: يقبل ويحكم له بالرق.
وهذا إذا كان اللقيط في يده، أما إذا لم يكن بيده، فلا يقبل قوله إلا بالبينة قولاً واحداً.
انظر: روضة الطالبين 5/ 443، ومغني المحتاج 2/ 426، والمعاياة خ. ورقة: 83 ـ ب ـ 84 ـ أ.
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(9) انظر: مختصر المزني / 137، وشرح مختصر المزني. خ. جـ 6 ورقة: 147 ـ أ، والمعاياة خ. ورقة: 84 ـ أ، وروضة الطالبين 5/ 437.
(10) في /أ: (ألا تقوم).

النسب، كما تدل[1] على الحرية[2]؛ ولهذا قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا ادعاه ملتقطه، فألحقت[3] نسبه به، فادعاه رجل آخر: أريته القافة، فإن ألحقوه بالآخر[4] أريتهم الأول، فإن قالوا: إنه[5] ابنهما لم ننسبه[6] إلى أحدهما حتى يبلغ، فينتسب[7] إلى من شاء منهما، وإن لم يلحق بالآخر، فهو ابن الأول»[8]، وإنما اقتصر الشافعي ـ رضي الله عنه ـ على أن ينظر القائف إلى المدعي الثاني، الذي ليس بملتقطه[9]؛ لأن الملتقط معترف به، والقائف[10] ربما لا يلحقه بالثاني، فيكون ولد الأول بالالتحاق السابق[11]، فإذا ألحقه القائف، فحينئذٍ قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «أريتهم الأول؛ لأنا قد حكمنا بثبوت نسبه[12] منه ما لم توجد دعوى الثاني، وللولد في النسب حق[13]، والنسب ها هنا مجهول، واليد لا تدل عليه[14]، وربما يكون ولد الثاني، فإن قالت القافة: هو ابن الثاني، كما كانوا يقولون[15]

(1) في /أ: (تزل).
(2) وفرق الجرجاني بينهما بفرق آخر فقال: «والفرق بينهما: أن ثبوت الرق ينفعه ويضر غيره، فلم يقبل منه، ودعوى النسب يضره بوجوب النفقة ولا يضر غيره، فقبل» أ. هـ المعاياة.خ. ورقة: 84 ـ أ.
(3) في /أ: (الحقت).
(4) في /أ: (الآخر).
(5) (أنه) ساقط من /أ.
(6) في /ج: (لم ننسب).
(7) في /أ: (ينسب).
(8) انظر: مختصر المزني /137.
(9) في /ج: (بملتقط).
(10) في /أ: (معترف به مقرض والقائف).
(11) (السابق) ساقط من /أ.
(12) في /أ: (لنسبه).
(13) في /أ: (وللولد في حق النسب حق).
(14) انظر: روضة الطالبين 5/ 439.
(15) في /أ: (كما قالوا).

وثبتوا[1] على مقالتهم[2] الأولى ألحق/ بالثاني، وبطل دعوى الملتقط، وإن (201/أ) قالت[3]: هو ابنهما وقفناه للالتباس[4]؛ لأنهما في الدعوى سواء، فإذا بلغ الغلام أمرناه بالانتساب إلى من شاء.

وليس معنى قول الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إلى من شاء»[5] أنا نعتبر المشيئة ونفوض الأمر إليه[6]، بل مراده بذلك: أن نتأمل نوازع نفسه ودواعيها، فإن للقرابة نزوعاً[7]، ولا تكاد تخفى في النفس أماراتها وشواهدها[8].

مسألة (**400**): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو ادعى اللقيط رجلان، فأقام[9] كل واحد منهما بينة أنه كان[10] في يده جعلته للذي كان في[11] يده، وليس هذا، كمثل المال»[12]، واقتصر[13] على هذا القدر[14].

ومراده: أن رجلين لو تنازعا مالاً، فأقام أحدهما بينة أنه كان في يده الشهر الماضي، وأقام الآخر بينة أنه اليوم في يده، فهل يرد إلى اليد القديمة أم لا؟. فيه قولان، أصحهما: أنه لا يرد إلى اليد القديمة، بل يقر في اليد[15]

---

(1) في /أ: (دينوا).
(2) في /ج: (في مقالتهم).
(3) في /ج: (وإن قالوا).
(4) في /أ: (وقصاهما إلى حال الانتساب).
(5) انظر: مختصر المزني /137.
(6) (إليه) ساقط من /ج.
(7) في /أ: (فإن القرابة نزوع).
(8) انظر: شرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 147 ـ ب، وروضة الطالبين 5/ 439.
(9) في /أ: (وأقام).
(10) (كان) ساقط من /أ.
(11) في /أ: (فيه).
(12) انظر: مختصر المزني /137.
(13) في /أ: (ويقتصر).
(14) في /أ: (القول).
(15) في /أ: (في يد).

الحادثة[1]، وأما اللقيط، فمردود إلى اليد القديمة[2].

والفرق بينهما: أن الملك على المال لا يزال على الانتقال، وكذلك[3] الأيدي الثابتة على الأموال تنتقل من شخص إلى شخص، فإذا شاهدنا عبداً، أو داراً بالأمس في يد إنسان[4]، [وشاهدناه اليوم في يد إنسان آخر، احتمل أن يكون هذا الرجل الثاني][5] قد استفاد ذلك بسبب من الأسباب ملكاً جديداً ويداً جديدة، فلا تنتزع[6] العين من اليد الموجودة في الحالة[7] الراهنة؛ لتردها إلى اليد[8] القديمة.

وأما من التقط لقيطاً[9]، فقد سبق بالولاية عليه كافة الناس، والالتقاط إذا ثبت لا يتكرر، ولا يتعدد، فمتى تنازعا في اليد[10]، فأقام أحدهما البينة على السبق وجب رد اللقيط إلى تلك اليد السابقة، والله أعلم بالصواب.



(1) والقول الثاني: أنه يرد إلى الملك القديم.
وهذا قول أبي إسحاق المروزي.
انظر: شرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 148 ـ أ ـ ب، وأدب القضاء 1/ 609 ـ 610، والمهذب 2/ 311.

(2) قولاً واحداً.
انظر: شرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 148 ـ ب، ونهاية المطلب خ. ج 4 ورقة: 538، وروضة الطالبين 5/ 440.

(3) في / أ: (وذلك).

(4) في / ج: (رجل).

(5) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(6) في / ج: (فلا تنزع).

(7) في / أ: (في الحال).

(8) في / ج: (على اليد).

(9) (لقيطاً) ساقط من / أ.

(10) (في اليد) ساقط من / أ.

كتاب الفرائض

مسألة (401): للأم ثلث المال[1]، أو سدسه[2]، تارة تأخذه بالعول مع غيرها[3] وتارة بغير عول[4]، إلا في المسألتين المشهورتين فإنها تأخذ فيهما[5] ثلث

---

(1) وذلك إذا لم يكن للميت ولد، ولا ولد ابن، ولا اثنان من الأخوة والأخوات، لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ النساء: آية (11).
وانظر: روضة الطالبين 6/ 9، ومغني المحتاج 3/ 10، وقليوبي وعميرة 3/ 140.

(2) وذلك إذا كان للميت ولد، أو ولد ابن وارث، أو اثنين فأكثر من الأخوة والأخوات لما مر في الآية السابقة.
انظر: المراجع السابقة.

(3) مثال ذلك: مات ميت عن: زوج، واختين لأب، وأم.
وقسمتها كالآتي: 6/ 8

$\frac{1}{2}$	زوج	3
$\frac{2}{3}$	أختين لأب	4
$\frac{1}{6}$	أم	1

انظر: مغني المحتاج 3/ 32، وروضة الطالبين 6/ 63.

(4) مثال ذلك مات ميت عن: أم، ابن.
وقسمتها كالآتي: 6

$\frac{1}{6}$	أم	1
ت	إبن	5

انظر: روضة الطالبين 6/ 61، ومغني المحتاج 3/ 10.

(5) في / ج: (فيها).

الباقي وهي[1]: زوج وأبوان، وامرأة، وأبوان[2].

والفرق بين المسألتين وبين جميع المسائل الفرضية[3]: أنا لو أعطيناها كمال الثلث لكنا قد اخترعنا لها[4] منزلة لم يثبتها الله ـ تعالى ـ لها وهي تفضيلها على الأب، ومعقول أن الله ـ تعالى ـ فضل الأب عليها/ في حال وسوّى بينهما في حال، وما فضلها عليه بحال. فأما منزلة تفضيله عليها فقوله[5] تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾[6] يعني والباقي للأب. (201/ب)

وأما منزلة التسوية بينهما فقوله[7] تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾[8] فكيف نعطيها في هاتين المسألتين ثلث المال؟ وإحداهما[9] من ستة: للزوج ثلاثة[10]، فإذا أعطينا الأم سهمين بقى للأب سهم، والمسألة الأخرى من أربعة: للمرأة سهم[11]، فإذا كملنا لها الثلث صارت من اثني عشر[12].

فإن قال قائل: فالتفضيل[13] لا يحصل في هذه الصورة؛ لأن الأب يأخذ

---

(1) في / أ: (وهو).

(2) وتلقبان بالغراوين، لشهرتهما تشبيهاً لهما بالكوكب الأغر، وبالعمريتين لقضاء عمر ـ رضي الله عنه ـ فيهما، وبالغريبتين لغرابتهما.
انظر: مغني المحتاج 3/ 15، وروضة الطالبين 6/ 9، وقليوبي وعميرة 3/ 143.

(3) في /ج: (وجميع مسائل الفرائض).

(4) (لها) ساقط من /أ.

(5) في /أ: (قوله).

(6) النساء: آية (11).

(7) في /أ: (قوله تعالى).

(8) النساء: آية (11).

(9) في /أ: (ثلث ما يبقى وأحديهما).

(10) لأن فرضه النصف.

(11) وهو الربع.

(12) في /أ: (والمسألة الأخرى للضرب والتصحيح إذا كملناها الثلث من اثنا عشر).

(13) في /أ: (فالتفيضيل).

خمسة، والأم تأخذ أربعة[1]، كما ذهب إليه جابر بن [2]زيد[3]، فهلا أعطيتموها ثلث المال كاملاً؟.

قلنا: إنما لا نعطيها[4] الثلث كاملاً؛ لأن المنزلة إذا كانت منزلة التفضيل وجب مراعاة طريق التفضيل على ما بينه الله تعالى: ﴿لِلذَّكَرِ[5] مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾[6].

مسألة (402): الجد ـ أب الأب ـ كالأب[7] عند عدمه في ولاية النكاح والمال وأنواع من الولايات[8]، وليس هو في هاتين المسألتين[9]، كالأب، بل

---

(1) لأن المسألة من اثني عشر للزوجة الربع ثلاثة، والأم الثلث كاملاً أربعة والباقي خمسة للأب.

(2) في /أ: (خالد بن زيد).
وجابر بن زيد: هو أبو الشعثاء جابر بن زيد الأزدي اليحمدي البصري التابعي سمع ابن عباس وابن عمر والحكم بن عمر الغفاري رضي الله عنهم.
روى عنه عمرو بن دينار وقتادة وعمرو بن هرم واتفقوا على توثيقه وجلالته، وهو من أئمة التابعين وفقهائهم وله مذهب يتفرد به.
توفي سنة ثلاث وتسعين، وقيل: سنة ثلاث ومائة، وقيل سنة أربع ومائة.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات 1/ 141، والاستغناء في معرفة المشهورين من حملة العلم بالكنى 2/ 944، وطبقات الفقهاء / 88، وشذرات الذهب 1/ 101.

(3) هذا قول ابن عباس ولم أعثر ـ فيما اطلعت عليه ـ على أحد نسبه إلى جابر بن زيد ولا أدري كيف يترك المؤلف صاحب القول على شهرته وجلال قدره وينسبه إلى تلميذه؟.
وانظر: أقوال العلماء في: العمريتين في شرح مختصر المزني.خ. ج 6. ورقة: 172 ـ ب، ونهاية المطلب.خ. ج 4 ورقة: 568 ـ 569، وحلية العلماء 6/ 281 ـ 282، والمبسوط 29/ 146، وبداية المجتهد 2/ 343، والأشراف 2/ 330، والمغني 6/ 180، وكشاف القناع 4/ 416.

(4) في /ج: (وإنما لم نعطيها).

(5) في /أ: (وجب مراعاة طريق طريق النصف وطريقة التفضيل ما بينه الله تعالى وللذكر).

(6) النساء جزء من الآية (11).

(7) في /أ: (هو كالأب).

(8) كولاية الحضانة، والنفقة، والإعفاف.
انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 266، ومختصر من قواعد العلائي 1/ 386، والمواكب العلية / 39.

(9) أي في العمريتين. انظر المسألة السابقة.

للأم[1] في هاتين المسألتين مع الجد ثلث المال على الكمال[2].

والفرق بين الأب والجد: أن فرض الأب منصوص عليه[3]، وفرض الجد مأخوذ من جهة الاستنباط[4]، فلئن[5] فضلناها عليه في مقدار ما يأخذه، فلا نبالي بذلك؛ لأن فرضها منصوص عليه، فيجب المحافظة على المنصوص عليه[6] فيها.

مسألة (403): إذا اجتمع مع الجد أولاد الأب والأم وكثر عددهم بحيث كان السدس[7] خيراً للجد من المقاسمة أعطينا الجد السدس[8]، وإذا اجتمعوا

---

(1) في / أ: (بل للأب) وهو تصحيف.

(2) انظر: روضة الطالبين 6/ 12، ومختصر من قواعد العلائي 1/ 387، والأشباه والنظائر للسيوطي / 266.

(3) بقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾. النساء آية (11).

(4) فقيس الجد على الأب. قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن حكم الجد حكم الأب» أ. هـ الإجماع / 69، وانظر: قليوبي وعميرة 3/ 141، ومغني المحتاج 3/ 15.

(5) في / أ: (فليس).

(6) (عليه) ساقط من / ج.

(7) (السدس) ساقط من / ج.

(8) وذلك إذا كان مع الجد والإخوة صاحب فرض وبقي أكثر من السدس. مثل زوج، أم، جد، اخوان شقيقان، وقسمتها:

		$\frac{2}{6}$	12
$\frac{1}{2}$	زوج	3	6
$\frac{1}{6}$	أم	1	2
$\frac{1}{6}$	جد	1	2
ت2	إخوان ش	1	$\frac{1}{2}$

انظر: روضة الطالبين 6/ 24، ومغني المحتاج 3/ 22.

معه في الولاء فحقه في المقاسمة[1] سواء قل عددهم أو كثر عددهم[2].

والفرق بين المسألتين: أن الاستحقاق بالولاء طريقه طريق التعصيب، لا مدخل[3] فيه للفرائض ومقاديرها، قال النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[4]. وقال عليه السلام: «الولاء للكبر»[5] فنبه على أن طريقه

---

(1) في / أ: (فحقه في المقاسمة).

(2) إذا اجتمع إخوة المولى وجد المولى، ففي المسألة قولان:
الأول: أن الإخوة مقدمون.
الثاني: وهو الجديد: أنهم يستوون.
فإذا قلنا بالجديد، فالمذهب القطع بالمقاسمة.
انظر: روضة الطالبين 6/ 22، ونهاية المطلب.خ. ج 4. ورقة: 591، وشرح مختصر المزني.خ. ج 6. ورقة: 184 ـ أ.

(3) في / ج: (فلا مدخل).

(4) أخرجه الدارمي في كتاب «الفرائض» باب «بيع الولاء» 1/ 794.
والحاكم في المستدرك في كتاب «الفرائض» 4/ 341، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال الذهبي: قلت: بالدبوس.
والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب «الولاء» باب «من أعتق مملوكاً له» 10/ 292.
وقال ابن التركماني تعليقاً عليه قلت: هذا الحديث بهذا اللفظ روي مرسلاً من حديث الحسن، وروي مسنداً من حديث علي، كما ذكره البيهقي بعد، ومن حديث ابن عمر، كما ذكره من رواية يعقوب بن إبراهيم عن عبدالله بن دينار عنه، وكذا أخرجه الحاكم وقال صحيح الإسناد وخالفهما ابن حبان.
وانظر: تلخيص الحبير 4/ 213، ونصب الراية 4/ 151.

(5) لم أجد هذا حديثاً عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ وإنما وجدته أثراً عن عمر وعثمان وعلي، وزيد بن ثابت، وقد أخرجه عنهم البيهقي في السنن الكبرى في كتاب «الولاء» باب «الولاء للكبر» 10/ 303، والدارمي عن عمر، وعلي، وزيد، في كتاب «الفرائض»، باب «الولاء للكبر» 10/ 771، وقال يعنون بالكبر: ما كان أقرب بأم وأب، وأخرجه أيضاً عبد الرزاق في مصنفه عن عمر، وعلي، وزيد في كتاب «الولاء» باب «الولاء للكبر» 9/ 30.
وانظر: تلخيص الحبير 4/ 215.

طريق التعصيب؛ فلهذا تقاسموا بحق[1] التعصيب، وإن كان نصيب الجد ينقص عن السدس.

وأما الاستحقاق بالقرابة فإنه ينقسم إلى فرض، وتعصيب، وللجد فرائض معلومة مقدرة[2]، وأقلها[3] السدس، كما أن أقل ما يأخذه الأب السدس، فلا يجوز[4] لنا أن ننقص حقه عن السدس[5] وإن كثر عدد الإخوة فله حق المقاسمة بما فيه من التعصيب، كما يأخذ الأب تارة بالفرض[6] وتارة بالتعصيب[7]، وأحياناً يأخذ بهما [8]جميعاً[9].

(202/أ) مسألة (404): الشخص إذا فرضنا له فريضة في مسألة من مسائل/ الفرائض ورد الأخذ على ما ورد عليه الفرض، فإن فرضنا له منه سدساً لم نأخذ له ثلثاً، وإن فرضنا له ثلثاً لم نأخذ له سدساً، إلا في مسألة واحدة يفرض لشخص واحد[10] فرضاً مقدراً[11] في أصل المسألة ثم نعطيه عند الأخذ والقسمة

(1) في /أ: (فلهذا أقسموا الحق).
(2) وهي ثلث المال، أو ثلث الباقي، أو السدس، أو المقاسمة، وذلك مع الإخوة، أما إذا لم يكن معه إخوة فيرث السدس إذا عدم الأب، ووجد الفرع الوارث، وذلك قياساً على الأب.
انظر: روضة الطالبين 6/ 12، 23 ـ 25، ومغني المحتاج 3/ 15، 21 ـ 23.
(3) في /أ: (وأصلها).
(4) في /أ: (ولا يجوز).
(5) في /ج: (عن سدس المال).
(6) كما إذا كان معه ابن، أو ابن ابن، فله السدس والباقي للابن، أو ابن الابن.
انظر: روضة الطالبين 6/ 12، ومغني المحتاج 3/ 14 ـ 15.
(7) وذلك إذا لم يكن معه ولد ولا ولد ابن.
انظر: المرجعين السابقين.
(8) كما إذا كان معه بنت، أو بنت ابن، أو بنات، فله السدس فرضاً، ولهن فرضهن، والباقي له بالتعصيب.
انظر: روضة الطالبين 6/ 12، ومغني المحتاج 3/ 14 ـ 15.
(9) في /ج: (وأحياناً بهما).
(10) (واحد) ساقط من /ج.
(11) في /أ: (مقداراً).

غير ما فرضنا له. وهي مسألة[1] الأكدرية[2]، وهي[3]: زوج، وأم، وأخت لأب وأم، وجد، فللزوج النصف، وللأم الثلث، وللأخت للأب والأم النصف، وللجد السدس، أصلها من ستة وتعول إلى تسعة، فيحصل للجد[4] والأخت أربعة أسهم، فنأخذها[5] ونقسمها[6] عليهما[7] للذكر مثل حظ الأنثيين، فتنكسر الأربعة على ثلاثة، فنضرب الثلاثة في أصل المسألة وعولها، فتصير سبعة وعشرين[8]، للزوج ثلاثة مضروبة في ثلاثة تكون تسعة، وللأم سهمان مضروبان في ثلاثة تكون ستة[9]، وللأخت والجد[10] أربعة مضروبة[11] في ثلاثة تكون اثني عشر تقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، ثمانية للجد وأربعة للأخت[12].

---

(1) في / أ: ج: (وهي في مسألة).
(2) انظر هذا الضابط في الأشباه والنظائر للسيوطي / 473.
(3) (وهي) ساقط من / ج.
(4) في / ج: (فيحصل في يد الجد).
(5) (فنأخذها) ساقط من / ج.
(6) في / ج: (فنقسمها).
(7) في / أ: (عليها).
(8) في / ج: (فيصير ذلك سبعة وعشرين).
(9) في / أ: (مضروبان في ثلاثة بستة).
(10) في / ج: (وللجد ولأخت).
(11) (مضروبة) ساقط من / ج.
(12) وصورتها:

		3×9 /6	27
$\frac{1}{2}$	زوج	3	9
$\frac{1}{3}$	أم	2	6
$\frac{1}{6}$	جد	1	8
$\frac{1}{2}$	شقيقة	3	4

٣

وكنا[1] فرضنا للجد سدساً، ثم أعطيناه ثمانية من سبعة وعشرين، [وكنا[2] فرضنا للأخت نصفاً، ثم أعطيناها أربعة من سبعة وعشرين][3].

والفرق بين هذه المسألة وبين سائر مسائل الفرائض: أن كل[4] فرض فرضناه في مسألة ابتداء لم يمنعنا[5] عن تسليم ذلك الفرض إلى مستحقه مانع[6] انتهاء، ولو[7] سلكنا في مسألة الأكدرية هذا المسلك لناقضنا أصل الفرائض، وذلك أن الجد في مسألة من المسائل لا ينزل درجته عن درجة الأخت.

ألا ترى أنه إذا كان مع الأخت الواحدة قسم[8] المال بينهما[9] للذكر مثل حظ الأنثيين، فيكون مع الجد ضعف ما يكون مع الأخت، وإن كان معه أختان كان معه ضعف ما في يد كل واحدة منهما، وكذلك الأخوات الثلاث، والأربع[10]،

= وسميت هذه المسألة بالأكدرية، قيل: نسبة إلى أكدر وهو اسم السائل عنها، أو المسؤول، أو الزوج، أو بلد الميتة، أو لأنها كدرت على زيد مذهبه؛ لأنه لا يفرض للأخت مع الجد، ولا يعيل مسائل الجد وهنا فرض، وأعال، وقيل: لأن زيد أكدر على الأخت ميراثها؛ لأنه أعطاها النصف، ثم استرجعه منها.

انظر: روضة الطالبين 6/ 25، ومغني المحتاج 3/ 23، وشرح مختصر المزني.خ. ج 6 ورقة: 202 ـ ب، 203 ـ أ.

(1) في /أ: (فكأنا).
(2) في /أ: (وكأنا) ولعل الصواب ما أثبت).
(3) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(4) في /أ: (إن كان).
(5) في /ج: (لم يمضا).
(6) (مانع) ساقط من /أ.
(7) في /أ: (لو) بدون الواو قبلها).
(8) في /أ: (اقتسمنا).
(9) في /ج: (بينهم).
(10) لأن المقاسمة أحظ له إذا كان معه أخت، أو أختان أو ثلاث أخوات، وتستوي المقاسمة إذا كان معه أربع أخوات.
انظر: روضة الطالبين 6/ 23، ومغني المحتاج 3/ 22، وقليوبي وعميرة 3/ 146.

وإن صرن خمساً فرضنا[1] للجد الثلث وقسمنا الباقي بين الأخوات الخمس، فيكون في يد كل واحدة[2] منهن[3] خمس الثلثين، وفي يد الجد كمال الثلث[4]. [وفي هذه المسألة يكون الباقي للجد والأخت بعد نصيب الزوج، والأم من أصلها - لو صرنا إليه - سهماً وهو السدس][5]، [وقد فرضنا للأخت في مسألة الأكدرية ثلاثة أسهم وهو النصف، وللجد سهماً وهو السدس][6]؛ لما[7] لم نجد بداً من إعطائهما، ولم نجد إلى إعطائهما[8] سبيلاً بالتعصيب مخافة أن ينقص نصيب الجد من السدس، ولو أعطيناهما[9] ما فرضناه لهما صارت الأخت مفضلة على الجد، وحصل في يدها ثلاثة أمثال ما حصل في يده، وذلك محال؛ فلهذا أخذنا منهما ما صادفنا في أيديهما وجعلناهما[10] في ذلك/ المقدار منزلتها في مسألة لم يكن فيها (202/ب) معهما غيرهما، فقسمنا[11] السهام الأربعة بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين؛ ولهذا[12] فارقت هذه المسألة [نظائرها.

ولا يتصور العول في مسألة مشتملة على الجد والأخوة إلا في هذه المسألة][13]، وليس ذلك لمعنى يوجب فرقاً، ولكن صور المسائل في الجد والأخوة معدودة، فليست تدعو الضرورة إلى العول إلا في هذه الصورة المخصوصة.

---

(1) (فرضنا) ساقط من / ج.
(2) في / ج: (كل واحد).
(3) (منهن) ساقط من / ج.
(4) لأن ثلث المال أحظ له من المقاسمة.
وانظر: المراجع السابقة.
(5) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(7) في / ج: (فلما).
(8) (ولم نجد إلى اعطائهما) ساقط من / ج.
(9) (أعطيناهما) ساقط من / أ.
(10) في / أ: (وجعلنا).
(11) في / أ: (فقسما).
(12) في / ج: (فلهذا).
(13) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

مسألة (405): كل شخص قطعنا له طائفة من المال فرضاً، أو تعصيباً لم يجز أن يبقى صفر اليد عما قطعنا له[1] إلا في أصل واحد من أصول الفرائض وهي: المعادة[2] بمسائلها، وصورة واحدة منها: أن يكون في المسألة: جد، وأخ لأب وأم، وأخ لأب، فتجعل المال بينهم أثلاثاً على العدد، ثم إن الأخ للأب يرد جميع ما في يده على الأخ لأب وأم، ويخرج صفر اليد، وكذلك ـ أيضاً ـ لو كان[3] مع الجد: أخ[4] لأب وأم، وأخت لأب قسمنا المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم ترد الأخت للأب[5] جميع ما في

---

(1) في / أ: (عما قطعناه).

(2) في / أ: (العادة).

والمعادة: أن يجتمع مع الجد إخوة الميت لأبيه وأمه، وإخوته لأبيه فيعد أولاد الميت لأبيه وأمه على الجد أولاد الأب، ثم يأخذ الذكر من أولاد الأب والأم جميع ما أخذه أولاد الأب، وتأخذ الأنثى من أولاد الأب والأم إذا كانت واحدة من نصيب الأخوات للأب تمام النصف وإن كانت ثنتين فصاعداً من أولاد الأب والأم أخذتا تمام الثلثين.

وتفسير ذلك: إذا مات وخلف أخاً لأب وأم، وأخاً لأب وجداً فالمال بينهم أثلاثاً، والفريضة من ثلاثة أسهم لكل واحد سهم، ثم يرجع الأخ من الأب والأم على الأخ من الأب فيأخذ منه سهمه فيكون للأخ من الأب والأم سهمان وللجد سهم. وإذا خلف أختاً لأب وأم وأخاً لأب وجداً فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين والفريضة من خمسة للجد سهمان وللأخ من الأب سهمان وللأخت سهم، ثم ترجع الأخت من الأب والأم على الأخ من الأب بتمام النصف، وهو سهم ونصف ويبقى في يد الأخ من الأب نصف سهم ومخرج النصفين سهمان يضرب في أصل الفريضة وهو خمسة تصير عشرة فمنها تصح المسألة وهذا مذهب زيد.

انظر: شرح مختصر المزني.خ. جـ 6 ورقة: 204 ـ أ ـ ب، ومغني المحتاج 3/ 22 ـ 23، وتحفة المحتاج 6/ 413.

(3) في / أ: (وكذلك لو كان أيضاً).

(4) (أخ) مكرر في / جـ.

(5) (للأب) ساقط من / أ.

يديها[1] على الأخ للأب والأم وتخرج صفر اليد[2].

والفرق بين هذه[3] المسألة وبين سائر المسائل: أنا إذا قطعنا في مسألة من المسائل عطاءً لشخص[4]، لم يكن في تسليم ذلك العطاء إليه مناقضة للأصول الممهدة[5]، ولو جرينا في المعادة على هذا الأصل؛ لأدى ذلك إلى المناقضة، وبيان هذا: أن الأخ للأب إذا انفرد بالأخ[6] للأب والأم ولم يكن معهما جد استحال أن يأخذ الأخ للأب شيئاً مع الأخ للأب والأم[7]، وإذا انفرد الجد والأخ للأب كان المال بينهما نصفين، واستحال سقوط الأخ بالجد[8]، وإذا اجتمع الثلاثة[9] قسمنا المال بينهم ابتداء، لكن لا يسقط الأخ للأب بالجد، ثم يسقط بالأخ للأب والأم[10]، وكذلك أيضاً الأخت للأب لا يجوز أن تسقط بالجد ابتداء، ثم إذا قطعنا لها عطاءها[11] جاز أن نسقطها بالأخ للأب والأم في الانتهاء.

ولو أن أولاد الأب في جميع مسائل المعادة كانوا محرومين لكانت المعادة[12] التي

---

(1) في / ج: (ما في يدها).
(2) انظر: مغني المحتاج 3/ 22 ـ 23، وتحفة المحتاج 6/ 413، ونهاية المطلب.خ. جـ 4 ورقة: 610، وشرح مختصر المزني.خ. جـ 6 ورقة: 204 ـ أ ـ ب.
(3) في / أ: (هذين).
(4) في / ج: (الشخص).
(5) في / أ: (الأصول المهدة).
(6) في / أ: (الأخ).
(7) لأن الأخ الشقيق أقرب، فهو يحجب الأخ للأب.
انظر: مغني المحتاج 3/ 11، وقليوبي وعميرة 3/ 141.
(8) وهذا على القول الصحيح: أن الجد لا يسقط الأخوة، وقال المزني: يسقطون، واختاره محمد بن نصر المروزي، وابن سريج، وابن اللبان، وأبو منصور البغدادي.
انظر: روضة الطالبين 6/ 23، ومغني المحتاج 3/ 21.
(9) في / أ: (وإذا اجتمعت ثلاثة).
(10) في / ج: (وأم).
(11) في / أ: (قطعة).
(12) في / أ: (العادة).

ذهب إليها زيد بن ثابت ـ رضي الله عنه[1] ـ قليلة الفائدة[2]، ولكن ربما نخصهم بشيء[3] من المال.

ألا ترى أن الجد لو اجتمع مع الأخت لأب وأم، وأخ لأب[4]، قسمنا المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين على خمسة أسهم، ثم أمرنا الأخ للأب بأن يرد على الأخت/ (203/أ) للأب والأم إلى تمام النصف، إذ لا يجوز أن يزيد نصيب الأخت الواحدة على نصف المال، فيبقى في يد الأخ بعد إكمال نصف الأخت عشر المال[5].

---

(1) هو زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد الأنصاري الخزرجي البخاري كاتب الوحي والمصحف كان عمره حين قدم رسول الله ـ ﷺ ـ إلى المدينة إحدى عشرة سنة، شهد أحداً، وقيل: لم يشهدها وشهد الخندق وما بعدها من المشاهد مع رسول الله ـ ﷺ ـ كان من أعلم الصحابة بالفرائض، قال عنه النبي ـ ﷺ ـ: «أفرضكم زيد»، مات بالمدينة سنة خمس وأربعين، وقيل: اثنتان، وقيل: ثلاث وأربعون. وقيل: غير ذلك.
انظر: أسد الغابة 2/ 231، وتهذيب الأسماء واللغات 1/ 200، وطبقات الفقهاء / 46.

(2) المسائل التي ذكرها المؤلف جارية على أصل زيد بن ثابت.
انظر: شرح مختصر المزني.خ. ج 6 ورقة: 204 ـ أ ـ ب، ونهاية المطلب.خ. ج 4. ورقة: 610.

(3) في /أ: (شيء).

(4) في /ج: (لو اجتمع مع الأخ للأب، والأخت للأب والأم).

(5) فالمسألة من خمسة عدد الرؤوس؛ لأن الشقيقة تعد الأخ لأب على الجد فيكون معه مثل ونصف فالمقاسمة أحظ له فيأخذ اثنين من الخمسة وتأخذ الشقيقة نصفها، ولا نصف لها صحيح، فاضرب مخرج النصف اثنين فيها تبلغ عشرة للأخت النصف، اثنان بالمقاسمة وثلاثة تبلغ بهما النصف، وللجد أربعة بالمقاسمة للأخت والأخ، ويفضل واحد بعد حصتهما للأخ. وتسمى بعشرية زيد نسبة إلى العشرة لصحتها منها وصورتها:

	2×5	10
جد	2	4
أخت شقيقة	$2\frac{1}{2}$	5
أخ لأب	$\frac{1}{2}$	1

انظر: تحفة المحتاج مع حواشيها 6/ 414، ومغني المحتاج 3/ 23.

مسألة (406): المعتق بعضه إذا مات له حميم[1] لم يرثه قولاً واحداً[2]، وإذا كان[3] هو الميت ففي توريث حميمه قولان[4]: أحدهما: أنه يرثه، والثاني: أنه لا يرثه[5].

والفرق بين المسألتين: أنا إذا ورثنا عنه حميمه في المقدار المملوك له بنصفه الحر فقد ورثنا قريباً من قريبه، وقررنا[6] ذلك الميراث[7] في يده، وتوارث القرابات[8] بسبب القرابة غير مستبعد، بل هو أصل في التوريث.

أما[9] إذا مات حميمه فلو ورثناه لم نجد بداً من توريث أجنبي عن أجنبي وذلك محال.

وبيانه: أن الشخص إذا كان بعضه حراً وبعضه مملوكاً، فما من مال يتملكه إلا ويتقسط على نصفه[10]، فيصير نصفه ملكاً[11] له بنصفه الحر، والنصف الآخر ملكاً لمالك نصفه بنصفه المملوك، ومالك[12] نصفه أجنبي من هذا الميت؛ فلهذا لم نورثه.

---

(1) في /أ: (إذا مات بينه).

(2) هذا هو الصحيح المنصوص عليه الذي قطع به الأصحاب.
وعن المزني وابن سريج: أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية.
انظر: روضة الطالبين 6/30، ومغني المحتاج 3/25، والأشباه والنظائر للسيوطي / 232 - 233.

(3) في /ج: (كانت).

(4) في /ج: (ففي توريث حميمه عنه قولان).

(5) والقول الأول: هو الجديد، وهو الأظهر.
انظر: المراجع السابقة.

(6) في /أ: (ويردنا).

(7) في /أ: (في الميراث).

(8) في /أ: (القربات).

(9) في /ج: (وأما).

(10) في /أ: (على نصيبه).

(11) في /أ: (ملك).

(12) في /ج: (ومال).

فإن قال قائل: هلا[1] حكمت بتوريثه وبملك تمليكه[2] في الدرجة الأولى من[3] الحميم الميت، ثم تنقل الملك عنه إلى مالك نصفه، فلا يؤدي إلى توريث الأجانب من الأجانب[4].

ألا ترى أن العبد القن[5] لو وهب له شيء فقبله وقبضه حكمنا بأنه يملكه ولكن لسيده[6]؟.

قلنا: لا سبيل إلى نسبة الملك إلى هذا الشخص في الوهلة الأولى إلا بنصفه الحر، فأما حصة نصفه المملوك فأول التمليك منسوب[7] إلى السيد؛ لأن المملوك لا يملك شيئاً، وكذلك أيضاً احتطابه إذا احتطب، واصطياده[8] واحتشاشه[9]، وكذلك أيضاً مسألة الوصية للملوك[10]، والموهوب لا يدخل في ملك العبد

---

(1) في /أ: (هل لا) وساقط من /ج. والصواب ما أثبت.

(2) في /أ: (وملكت بتوريثه).

(3) في /ج: (عن).

(4) (من الأجانب) ساقط من /ج.

(5) (القن) ساقط من /أ.

(6) على أحد الوجهين. الوجه الثاني: أنه لا يصح؛ لأن الهبة عقد متعلق بقول، ويبعد أن يصح من العبد عقد يتضمن تمليك السيد من غير اذن السيد.
قال النووي: قال الإمام: هو باطل قطعاً؛ لأن القبول في الهبة كالقبول في سائر العقود أ. هـ. روضة الطالبين 6/ 101، وانظر: نهاية المطلب خ. ج 4. ورقة: 485، والأشباه والنظائر للسيوطي / 228.

(7) في /ج: (التملك له منسوب).

(8) في /أ: (في اصطياده).

(9) فإنه يصح ويملكه سيده.
انظر: مغني المحتاج 2/ 408، وروضة الطالبين 5/ 393.

(10) فتصح الوصية وتكون للسيد. وفي افتقار قبول العبد إلى اذن السيد وجهان: أصحهما: المنع.
ولا يكفي قبول السيد؛ لأن الخطاب لم يكن معه.
انظر: روضة الطالبين 6/ 101، ومغني المحتاج 3/ 41، والأشباه والنظائر للسيوطي / 228.

ابتداء[1] بحال، وأول الملك يحصل عليه لسيده[2].

وإنما اختلف أصحابنا في العبد إذا وهب له شيء فقبله وقبضه فهل حصل الملك لسيده على جهة الجبر، أم يتخير السيد في الرد؟ على وجهين: أحدهما: أن الملك ملك[3] جبر؛ لأن يد المملوك كاسبة للسيد قياساً على الاصطياد والاحتطاب، والوجه الثاني: أن السيد بالخيار، وليست الهبة كالاحتطاب؛ لأنها عقد من العقود المالية، وليس للمملوك سلطان العقود المالية إلا/ بالإذن السابق (203/ب) من جهة السيد[4].

فأما إذا احتطب، أو احتش، أو اصطاد، فذلك فعل يحصل من المملوك، فيصير سبباً لجلب ذلك الملك، والعقد في صورته لا مدفع له؛ ولهذا فصلنا بين استيلاد المجنون، وبين إعتاقه[5]، وكذلك أيضاً فرقنا بين[6] استيلاد المريض، والمحجور عليه وإعتاقهما[7] [8].

مسألة (407): الموارثة منقطة بين المسلمين والمشركين بكل حال[9]، والمناكحة

(1) في /أ: (شيئاً).
(2) في /أ: (سيده).
(3) (ملك) ساقط من /ج.
(4) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي /317، والمواكب العلية /89.
(5) فيصح استيلاد المجنون، دون عتقه.
انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي /215، ومغني المحتاج 4/ 496، والتهذيب خ. ج 4 ورقة: 276 ـ أ.
(6) في /ج: (وكذا أيضاً قياس).
(7) فاستيلاد المريض لا يعتبر من الثلث، وعتقه يعتبر من الثلث.
والمحجور عليه يصح استيلاده دون عتقه.
انظر: روضة الطالبين 6/ 134، ومغني المحتاج 3/ 47، 4/ 496، والتهذيب خ. ج 4. ورقة: 276 ـ أ.
(8) في /ج: (واعلاقهما).
(9) لقوله ـ ﷺ ـ: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم». رواه البخاري ومسلم.
انظر: مغني المحتاج 3/ 24، وروضة الطالبين 6/ 29، وصحيح البخاري كتاب «الفرائض» باب «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» حديث (41)، وصحيح مسلم كتاب «الفرائض» حديث (1614).

جائزة في بعض الأحوال، فيجوز للمسلم نكاح الحرة[1] الكتابية يهودية كانت أم نصرانية[2].

والفرق بين المسألتين[3]: أنا لو ورثنا المسلم من الكافر أدى إلى تشريك[4] الإسلام والشرك في الإرث[5] الواحد؛ لأن الكافر إذا مات وخلف ابناً مشركاً وابناً مسلماً لم يجز لنا أن نورث ابنه المسلم مع اختلاف الملتين، [بل يرثه من هو على دينه مع اتفاق الملتين، وإذا شركناهما اشترك الملتان][6] في الميراث الواحد والإسلام لا يشركه الشرك.

وأما إذا نكح المسلم يهودية، [فهي المقصود منها ما أمر الله ـ تعالى ـ به وهو النسل؛ بدليل قوله تعالى: ﴿فَٱلْـَٔـٰنَ بَـٰشِرُوهُنَّ﴾[7]][8] والولد[9] من هذين الشخصين

(1) في / أ: (الحدة).
(2) لقوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَـٰتُ ۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ المائدة: آية (5).
أما المشركة التي ليس لها كتاب، فتحرم لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ﴾ البقرة: آية (221).
انظر: مغني المحتاج 3/ 24، 187، والمهذب 2/ 44، وقليوبي وعميرة 3/ 250.
(3) في / ج: (بين الأصلين).
(4) في / أ: (إلى الشريك).
(5) في / ج: (من الارث).
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(7) ذكر المؤلف ـ رحمه الله ـ أول الآية اكتفاء به عن موضع الاستدلال ويقصد المؤلف ـ رحمه الله ـ الاستدلال بقوله تعالى بعد ذلك: ﴿وَٱبْتَغُوا۟ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ ۚ﴾ البقرة: آية (187).
وانظر: الجامع لأحكام القرآن 1/ 212، وفتح القدير 1/ 186.
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(9) في / ج: (فالولد).

محكوم بإسلامه بكل حال؛ لأن الولد في الإسلام[1] يتبع أحد[2] الوالدين أيهما كان مسلماً[3].

مسألة (408): المجوسي يرث اليهودي، والنصراني يرث اليهودي، وإن اختلفت بهم الملل[4]. ولا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، لاختلاف الملتين[5].

والفرق بينهما: ما بيناه[6] في المسألة السابقة: أن الشرك يشركه الشرك، كما قال الشافعي[7]: «المشركون[8] في تفرقهم واجتماعهم يجمعهم أعظم الأمور وهو الشرك بالله تعالى». هذا لفظه في كتاب الرسالة[9] وهو في مناوأة[10] الإسلام كالنفس الواحدة، يتمالون على المسلمين وما زالوا كذلك، وللموالاة أثر في الموارثة[11]؛

---

(1) في / ج: (لأن الولد في الأب والأم).

(2) في / ج: (لأحد).

(3) (مسلماً) ساقط من / ج.

وانظر: المنثور في القواعد 1/ 239، 3/ 350، والأشباه والنظائر للسيوطي / 267.

(4) في / أ: (وإن اختلف بهم الملك).

وانظر: مغني المحتاج 3/ 25، وروضة الطالبين 6/ 29.

(5) انظر: المسألة السابقة. هامش 9.

(6) في / ج: بهذا اللفظ ثم صححت بلفظ: (ما قررناه).

(7) في / ج: (وأن الشرك شرك والشرك ما قال الشافعي).

(8) في / أ: (المشركين).

(9) انظر: الرسالة 1/ 11.

(10) المناوأة: المعاداة.

انظر: الصحاح 6/ 2517، ولسان العرب 15/ 349.

(11) لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَهَاجَرُوا۟ وَجَٰهَدُوا۟ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلَّذِينَ ءَاوَوا۟ وَّنَصَرُوٓا۟ أُو۟لَٰٓئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ۚ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَلَمْ يُهَاجِرُوا۟ مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَىْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا۟ ۚ﴾ الأنفال: آية (72)، وهذا كان في بداية الإسلام، ثم نسخ بقوله تعالى: ﴿وَأُو۟لُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ ۗ﴾ الأنفال: آية (75)، والأحزاب: آية (6).

انظر: الأم 4/ 80، ومختصر المزني / 141، والجامع لأحكام القرآن 8/ 37، وفتح القدير 2/ 329.

ولهذا تنقطع الموارثة بين المهاجرين والمتخلفين حين[1] انقطعت النصرة[2] والموالاة[3] بينهم[4]، وأما المسلم والكافر فالموالاة بينهما محال[5]؛ فلهذا استحال بينهما الموارثة[6].

فإن قال قائل: فإذا جعلتم[7] المشركين في هذه المسألة كالنفس الواحدة [بالموالاة الجامعة، فهلا جعلتموهم في مناكحة[8] المسلمين إياهم كالنفس الواحدة][9]، وكذلك في الذبائح[10]، وقد قسمتموهم[11] في

---

(1) في /أ: (حتى).

(2) (النصرة) ساقط من /أ.

(3) في /أ: (الموالاة) بدون الواو.

(4) دل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَلَمْ يُهَاجِرُوا۟ مَا لَكُم مِّن وَلَـٰيَتِهِم مِّن شَىْءٍ﴾ الأنفال: آية (72).

قال الشوكاني في تفسير هذه الآية: «أي ما لكم من نصرتهم واعانتهم أو من ميراثهم، ولو كانوا من قراباتكم؛ لعدم وقوع الهجرة منهم» أ. هـ. فتح القدير 2/ 329، وانظر: الجامع لأحكام القرآن 8/ 37.

(5) لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَهَاجَرُوا۟ وَجَـٰهَدُوا۟ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلَّذِينَ ءَاوَوا۟ وَّنَصَرُوٓا۟ أُو۟لَـٰٓئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ الأنفال: آية (72).

ولقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ الأنفال: آية (73).

قال القرطبي في تفسير هذه الآية: «قطع الله الولاية بين الكفار والمؤمنين، فجعل المؤمنين بعضهم أولياء بعض، والكفار بعضهم أولياء بعض، يتناصرون بدينهم، ويتعاملون باعتقادهم». أ. هـ.

الجامع لأحكام القرآن 8/ 37 ـ 38، وانظر: فتح القدير 2/ 329.

(6) في /ج: (فلهذا انقطعت بينهم الموارثة).

(7) في /ج: (جعلت).

(8) في /أ: (فهل، لا جعلتموهم في المناكحة) والصواب ـ والله أعلم ـ ما أثبت.

(9) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.

(10) في /أ: (وكذا الذبائح).

(11) في /أ: (وقد قسموهم)، وفي /ج: (وقد رتبتهم) والصواب ـ والله أعلم ـ ما أثبت.

الذبيحة[1]، والنكاح مراتب مختلفة[2]؟.

قلنا: مناكحتنا إياهم وأكلنا ذبائحهم نوع تشريف لهم؛ لأن المناكحة مواصلة، فإذا وصلناهم، فقد شرفناهم، وكذلك[3] إذا/ أكلنا ذبائحهم فقد احترمناهم، (204/أ) ولبعضهم أصل في الاحترام ليس لجميعهم؛ لأن من كان منهم من أهل الكتاب فلهم حرمة كتابهم، ومن لم يكن لهم كتاب لم[4] يتمسك بمثل هذه الحرمة، بخلاف الموارثة فإنها ليست متعلقة بالاحترام، وإنما تتعلق بالموالاة والنصرة[5]، والله أعلم.



(1) فيجوز أكل ذبائح اليهود والنصارى دون غيرهم من الكفار لقوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ﴾ المائدة: آية (5). والمراد بالطعام هنا: الذبائح.
انظر: كفاية الأخيار 2/ 140، والغاية القصوى في دراية الفتوى 2/ 973، والمجموع 9/ 75، 78.

(2) في /أ: (مختلف).

(3) (إذا) مكررة في /أ.

(4) (لم) ساقط من /أ.

(5) في /أ: (والنصيرة).

كتاب الوصايا

مسألة (409): إذا باع رجل[1] في مرض موته وحابى، ثم رجع عن المحاباة قبل التسليم ومات[2] كانت المحاباة لازمة من الثلث[3]، ولو وهب ولم يسلم، ثم رجع عن هبته[4]، ومات، فالهبة باطلة[5].

والفرق بينهما: أن المقدار الذي حابى به المشتري[6] صار في حكم المقبوض، وإن لم يتصور فيه القبض؛ لأن استحقاقه اتصل بعقد موضوع للالتزام وهو عقد البيع، والعقد إذا صار لازماً تاماً كان رجوعه عن المحاباة محال بعد التمام واللزوم، وأما إذا وهب، ثم رجع قبل التسليم فقد امتنع عن تمام العقد وإلزامه.

فوزان المحاباة من الهبة هبة[7] موصوفة باللزوم، وهي الهبة التي تكاملت بالقبض[8]، ووزان المحاباة وزان[9] العتق المنجز في مرض الموت لا نجد سبيلاً إلى

---

(1) في / ج: (الرجل).

(2) (ومات) ساقط من / ج.

(3) لأن المحاباة من التبرعات المنجزة، فلا يصح الرجوع عنها.
انظر: روضة الطالبين 6/ 131، 135، 304، وقليوبي وعميرة 3/ 176، وشرح مختصر المزني / خ. ج 6 ورقة: 250 ـ أ، والتتمة. خ. ج 7 ورقة: 134 ـ ب.

(4) (ثم رجع عن هبته) ساقط من / ج.

(5) انظر: الأم 4/ 63، 104، والابتهاج خ. ج 4 ورقة: 203 ـ ب، 204 ـ أ، وروضة الطالبين 5/ 376.

(6) في / أ: (الذي حاباه المشتري).

(7) في / ج: (فإنها هبة).

(8) فلو وهب المريض واقبض كانت الهبة صحيحة.
انظر: الأم 4/ 104، والتتمة خ. ج 7 ورقة: 5 ـ ب.

(9) في / أ: (ووزان).

الرجوع عنه[1]؛ ولهذا صار العتق المنجز مقدماً على العتق الموصى به[2].

ولو اجتمعت[3] المحاباة والتنجيز في مرض الموت نظر إلى المتقدم منهما فإن كان تنجيز العتق متقدماً على المحاباة[4] والثلث بعد العتق يضيق عن المحاباة فالمحاباة باطلة، وإن كانت المحاباة سابقة والثلث بها مستغرق ـ فالعتق باطل، وإن كانت تنجيزاً، إذا لم يجز الوارث ما زاد على الثلث[5]، بخلاف[6] الهبة الكاملة بالقبض في المرض فإنها هبة البتات[7] في عبارة[8] الشافعي رحمه الله[9]، نازلة ـ بالقبض في المرض[10] ـ منزلة التنجيز في مراعاة ما بيناه[11] من الترتيب.

مسألة (410): إذا مات الرجل وعليه ديون وله وصايا قضينا ديونه من رأس ماله، ثم اعتبرنا الثلث والثلثين في الباقي[12]، ولو كانت المسألة بحالها ولكنه أوصى بقضاء ديونه من ثلثه: قسمنا ثلثه على ديونه ووصاياه تقسيطاً

---

(1) (عنه) ساقط من / ج.
وانظر: روضة الطالبين 6/ 135، 304، وقليوبي وعميرة 3/ 176، والتتمة خ. ج 7 ورقة: 135.

(2) انظر: شرح مختصر المزني خ. ج 6. ورقة: 251 ـ ب، وروضة الطالبين 12/ 140.

(3) في / أ: (ولو اجتمع).

(4) في / أ: (في المحاباة).

(5) انظر: روضة الطالبين 6/ 135، وشرح مختصر المزني.خ. ج 6 ورقة 249 ـ ب، 250 ـ أ، والتتمة.خ. ج 7. ورقة: 135 ـ أ.

(6) في / ج: (خلاف).

(7) البت: القطع المستأصل. يقال: تصدق فلان صدقة بتاتاً وبتة إذا قطعها المتصدق بها من ماله، فهي بائنة من صاحبها قد انقطعت منه.
انظر: لسان العرب 2/ 6، والصحاح 1/ 242.

(8) في / أ: (في عمارة).

(9) انظر: الأم 4/ 102، 104.

(10) (بالقبض في المرض) ساقط من / ج.

(11) في / ج: (ما بينا).

(12) انظر: روضة الطالبين 6/ 131، والمهذب 1/ 453، ومغني المحتاج 3/ 3.

بالحصص، كما نقسم الثلث على الوصايا التي لا دين معها، فإن صارت الديون مقضية استغنينا بالثلث عن الثلثين/ وإن فضلت فضلة من الدين[1] (204/ب) وتعذر التقسيط قضاه من الثلث، وقضينا[2] تلك البقية من الثلثين[3].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا مات ولم يوص[4] بقضاء ديونه أمكنا مراعاة وصية الشرع في الترتيب[5]، ومقتضى الشريعة في الترتيب تقديم الديون وأخذها من رأس المال قبل الوصايا[6]، فلهذا أخذنا جميعها من رأس المال[7] تبدئة وتقديماً، ثم اعتبرنا الثلث والثلثين في حق الورثة وأصحاب الوصايا.

وأما إذا أوصى بقضاء ديونه من ثلثه فقد قصد أن يصرف قضاء الديون إلى محل تصرف المريض وهو الثلث إرفاقاً[8] بالورثة؛ ولهذا قال ـ عليه السلام ـ: «إن الله أعطاكم[9] ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم»[10]، فوجب علينا

(1) في /أ: (من الديون).
(2) في /ج: (فالتقسيط قضاؤه من الثلث قضينا).
(3) انظر: شرح مختصر المزني.خ. ج 6. ورقة: 130 ـ ب، وروضة الطالبين 6/ 196 ـ 197، والمهذب 1/ 454، وكفاية النبيه خ. ج 3 ورقة: 137 ـ ب ـ 138 ـ أ.
(4) في /أ: (ولو لم يوص).
(5) (في الترتيب) ساقط من /أ.
(6) حكى القرطبي في تفسيره: الاجماع على ذلك.
انظر: الجامع لأحكام القرآن 5/ 49، ومغني المحتاج 3/ 3.
(7) في /ج: (من رأس ماله).
(8) في /أ: (رفاقاً).
(9) (أعطاكم) ساقط من /ج.
(10) أخرجه ابن ماجة، والبيهقي من حديث أبي هريرة.
قال ابن حجر في تلخيص الحبير 3/ 91: اسناده ضعيف.
وأخرجه الدارقطني من حديث أبي أمامة عن معاذ بلفظ: «إن الله عز وجل قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم، زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زكاة في أعمالكم».
قال ابن حجر في تلخيص الحبير 3/ 91: وفيه إسماعيل بن عياش، وشيخه عتبة بن حميد، وهما ضعيفان.
انظر: سنن ابن ماجة كتاب «الوصايا» باب «الوصية بالثلث» حديث (2709)، وسنن البيهقي كتاب «الوصايا» باب «الوصية بالثلث» 6/ 269، وسنن الدارقطني كتاب «الوصايا» 4/ 150.

مراعاة وصيته، وتنزيله المقصود، فجعلنا ديونه ووصاياه[1]، كأنها في درجة واحدة، حتى يأخذ بالمحاصة من ثلثه لديونه، فيدخل على أصحاب[2] الوصايا بذلك زيادة نقص، وربما تصير الديون بجملتها مقضية فلا يجاوز ثلثه، ويبقى ثلثاه كاملاً لورثته، وإن فضلت[3] بقية من الديون مددنا اليد إلى الثلثين حينئذٍ، إذ لا بد من قضاء الديون.

ألا ترى أن الدين لو استغرق التركة لم يكن للورثة حق في شيء من التركة.

مسألة (411): إذا أوصى رجل فقال: ادفعوا إلى فلان بعد موتي ألف درهم من مالي؛ ليتصرف فيها على أن يكون له ثلث الربح، فهذه وصية باطلة، ولا يتوجه على الورثة تنفيذ الوصية[4]، وكذلك لو قال: بيعوا بعد موتي هذه الدار من فلان وتصدقوا بالثمن[5]، ولا تبيعوها[6] من غيره، فالوصية باطلة.

ولو قال: اصرفوا إلى فلان من كراء داري كذا وكذا درهماً كانت الوصية صحيحة، ولزمهم أن يصرفوا إليه من كراء الدار[7] مقدار[8] وصيته[9].

والفرق بين هاتين الوصيتين: أن منافع الدار بنفسها مال عند الشافعي[10]،

---

(1) في / أ: (وصايا).
(2) في / أ: (فيأخذ أصحاب).
(3) في / جـ: (وإن فضل).
(4) في / جـ: (وصيته).
(5) في / أ: (وتصرفوا في الثمن).
(6) في / جـ: (ولا تبيعونها).
(7) (من كراء الدار) ساقط من / أ.
(8) في / أ: (قدر).
(9) نقل الزركشي ـ عن المؤلف ـ هاتين المسألتين مع الفرق بينهما في المنثور 3/ 198.
وانظر: المسألة الأخيرة في: روضة الطالبين 6/ 186، والتتمة. خ. جـ 7 ورقة: 112 ـ أ.
(10) قال ابن السبكي: منافع الأعيان: أموال كالأعيان. وربما قال علماؤنا: المنافع منزلة منزلة الأعيان واستدلوا بقول الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: «الإجارة صنف من البيع» أ. هـ. الأشباه والنظائر 2/ 869، وانظر: الأم 4/ 25، ومختصر المزني / 126، وتخريج الفروع على الأصول / 230.

وليس يتوقف معنى المالية فيها على انشاء عقد، ومنزلتها منزلة أعيان الأموال، فمتى أوصى بشيء منها[1]، فكأنما أوصى بشيء من عين ماله، فلا بد من تصحيح الوصية.

وأما إذا أوصى بالقراض فكأنه أوصى له بمنافع دراهمه، ومنافع الدراهم لا تعد من المال؛ ولهذا لا يتصور ورود[2] الإجارة على منافعها، كيف؟ والارتفاق في الدراهم في المضاربة لا يتصور مع استيفاء أعيانها، وإنما يتصور بإنفاقها، والاعتياض عنها[3]، فصار الموصي على الحقيقة موصياً بما لا يكون/ (205/أ) عيناً ولا منفعة عين، والوصيا إنما تصح بالأعيان، أو بمنافع مخصوصة من الأعيان.

مسألة (412): المحجور عليه لسفه إذا أوصى لرجل بمال يجاوز[4] ثلثه ومات صحت وصيته[5]. ولو وهب لم تصح[6] هبته[7] وإن كانت غير مجاوزة لثلثه[8].

والفرق بينهما: أن هبته لو صحت صحت[9] في حال حياته، وحال حياته حالة إحاطة الحجر به، فجميع عقوده تحت الحجر ما دام الزمان زمان الحجر.

وأما إذا أوصى ومات فهذا عقد إنما ينفذ عليه[10] بعد انقضاء زمان الحجر

---

(1) (منها) ساقط من / ج.
(2) في / أ: (وردوا).
(3) في / أ: سقط وتكرار، والعبارة: «كيف والارتفاق بإنفاقها والاعتياض عنها، فصار استيفاء أعيانها، وإنما يتصور بإنفاقها والاعتياض عنها».
(4) في / أ: (فجاوز).
(5) على المذهب.
انظر: روضة الطالبين 6/ 97، وكفاية الأخيار 2/ 21، ومغني المحتاج 3/ 39.
(6) في / أ: (ولو وهب له لم تصح).
(7) في / ج: (وصيته).
(8) انظر: روضة الطالبين 4/ 183، وكفاية الأخيار 1/ 165، ومغني المحتاج 2/ 171.
(9) في / أ: (لصحت).
(10) (عليه) مكررة في / ج.

بالموت، وأيضاً فإن الحجر: نظر له، ومن النظر إبطال هبته وجميع تبرعاته التي يفعلها في حال حياته، وأما وصيته بعد موته فالنظر له في تنفيذها في ذلك الزمان وهو[1] زمان انتقال الملك عنه إلى غيره؛ ولهذه النكتة نفذنا وصية المراهق[2] ـ على أحد القولين[3] ـ مع الأثر المنقول فيها[4] عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه[5].

مسألة (413): المحجور عليه حجر السفه إذا أوصي له بوصية وجب[6] على القيم

---

(1) (وهو) ساقط من / ج.

(2) في /أ: (المراهن).

(3) (القول الثاني) إنها لا تصح، وهو الأظهر.
انظر: روضة الطالبين 6/ 97، وكفاية الأخيار 2/ 21، والمهذب 1/ 450.

(4) في /أ: (فمنها).

(5) أخرج مالك والبيهقي وعبد الرزاق من حديث عمرو بن سليم الزرقي أنه قيل لعمر بن الخطاب: «إن ها هنا غلاماً يافعاً لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام، وهو ذو مال وليس له هاهنا إلا ابنة عم له. قال عمر بن الخطاب: فليوص لها. قال: فأوصى لها بمال يقال له بئر جُشم». وأخرجه الدارمي مختصراً.
قال البيهقي: «والشافعي علق جواز وصيته وتدبيره بثبوت الخبر فيها عن عمر رضي الله عنه، والخبر منقطع، فعمرو بن سليم الزرقي لم يدرك عمر رضي الله عنه إلا أنه ذكر في الخبر انتسابه إلى صاحب القصة» وعلق ابن التركماني على كلام البيهقي فقال: «قلت: في الثقات لابن حبان قيل إنه كان يوم قتل عمر بن الخطاب قد جاوز الحلم، وقال أبو نصر الكلاباذي: قال الواقدي: كان قد راهق الاحتلام يوم مات عمر». انتهى كلامه. وظهر بهذا أنه ممكن لقاؤه لعمر. فتحمل روايته عنه على الاتصال على مذهب الجمهور كما عرف» أ.هـ.
انظر: موطأ مالك كتاب «الوصايا» باب «جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه» 2/ 762، والسنن الكبرى كتاب «الوصايا» باب «ما جاء في وصية الصغير» 6/ 282، وسنن الدارمي كتاب «الوصايا» باب «الوصية للغلام» / 820، والمصنف 9/ 77 ـ 78.

(6) في /أ: (كان).

قبولها، والمحجور عليه للفلس إذا أوصي له بوصية، فهو مخير في قبولها وردها[1].

والفرق بين المحجورين: أن الحجر على المفلس[2] هو حق الغرماء، وليس فيه مراعاة حقه، ولو راعينا حقه لما حجرنا عليه؛ لأنه رشيد مستجمع[3] لجميع أوصاف الرشد؛ فلهذا كان مخيراً بين قبول[4] الوصية[5] وردها، بخلاف المحجور عليه للسفه[6] فإنما حجرنا[7] عليه مراعاة لحقه؛ لما لم يكن[8] من أهل النظر لنفسه؛ لما فيه من سوء تدبيره وسفاهته، والقيم المنصوب[9] إنما نصب نظراً له، ومن النظر له[10] جلب المنافع إليه إذا تصدت للجلب، والوصية مال تصدى للتمليك[11] بالقبول؛ ولهذا نقول: إذا كان في الشفعة وأخذها نظر[12] لليتيم وجب على القيم[13] أخذ تلك الشفعة[14]، فإن ردها، فبلغ اليتيم كان له أخذها[15].

(1) أعاد المؤلف ـ رحمه الله ـ ذكر هذه المسألة بعد أن ذكرها في كتاب التفليس، ولكنه هنا راعى في الفرق جانب السفيه أكثر من مراعاته لجانب، المحجور عليه بالفلس.
وأما في كتاب التفليس فقد راعى جانب المحجور عليه لفلس أكثر من مراعاته لجانب السفيه.
وراجع المسألة في ج2 - ص: 559.
(2) في / أ: (الفلس).
(3) في / أ: (جامع).
(4) في / أ: (في قبول).
(5) في / ج: (الوصايا).
(6) في / ج: (لسفه).
(7) في / أ: (فإنما حجر).
(8) في / أ: (ما لم يكن).
(9) في / أ: (المنصرف).
(10) (له) ساقط من / ج.
(11) في / أ: (بصدد التمليك).
(12) في / أ: (نظراً) وساقط من / ج، والصواب ما أثبت والله أعلم.
(13) في / ج: (وجب على قيم اليتيم).
(14) انظر: أدب القضاء 2/ 411، ومغني المحتاج 2/ 176.
(15) انظر: المرجعين السابقين.

مسألة (414): الرجل إذا أوصى لعبده القن بثلث نفسه[1]، وبثلث[2] سائر أمواله صحت وصيته له بثلث نفسه[3]، ولم تصح وصيته له بثلث سائر[4] أمواله[5].

والفرق بينهما: أنا إذا صححنا وصيته له[6] بثلث نفسه لم تتضمن وصيته[7] مناقضة أصل، لأن ثلثه إذا عتق[8] رق ثلثاه للورثة، وغير بعيد[9] أن تتبعض الرقبة الواحدة، فيصير بعضها حراً ويرق للورثة بعضها[10].

فأما ثلث سائر أمواله: فلو صححنا وصيته[11] لهذا الشخص،/ وقد[12] عتق **(205/ب)** ثلثه ورق ثلثاه ـ لزمنا توزيع تلك الوصية على ما فيه من الحرية والرق، وإذا

---

(1) (بثلث نفسه) غير واضحة في /ج.
(2) في /أ: (وضحت الوصية وبثلث)، وفي /ج: (صحت الوصية وثلث) والصواب حذف: وصحت الوصية، كما هو مثبت والله أعلم.
(3) انظر: روضة الطالبين 6/ 103، ومغني المحتاج 3/ 42، والمعاياة خ. ورقة: 87 ـ ب.
(4) (له بثلث سائر) غير واضحة في /ج.
(5) على أصح الأوجه وهو قول ابن الحداد.
الوجه الثاني: أن الوصية تبطل في الجميع؛ لأنه لما أوصى له بثلث ماله وجب أن يدخل العبد في الوصية؛ لأنه مال، والظاهر من لفظ المُوصِي أن الموصي به غير الموصى له.
الوجه الثالث: أن الوصية تصح ويُقَوَّم العبد من الثلث، فإن احتمل جميعه عتق، ودفع ما يفضل من قيمته إلى تمام الثلث إليه؛ لأنه حر، فما يأخذه له دون الورثة، وإن لم يحتمله الثلث عتق منه بقدر الثلث، ورق الباقي.
انظر: المعاياة خ. ورقة: 87 ـ ب ـ 88 ـ أ، وروضة الطالبين 6/ 103 ـ 104، ومغني المحتاج 3/ 42.
(6) (له) ساقط من /ج.
(7) في /أ: (وصيه).
(8) (عتق) ساقط من /أ.
(9) في /أ: (العبد).
(10) في /أ: (وبعضها رقيق للورثة).
(11) (وصيته) ساقط من /ج.
(12) في /أ: (لهذا الشخص به وقد).

توزعت دفع بعضها وهو الثلثان إلى ورثة الموصي[1]، والوصية للوارث باطلة[2]. ولهذه النكتة لم نورث من عتق بعضه ورق بعضه[3]، والله أعلم.

مسألة (415): الموصي إذا واقع الجارية الموصى بها ولم يعزل بطلت الوصية[4]، وإن واقعها وعزل عنها[5] الماء لم تبطل الوصية[6].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا أودعها[7] ماءه فالظاهر من هذا الفعل قصد ما لو[8] تكامل بطلت الوصية وهو الاستيلاد، وسواء علقت بمائه، أو لم تعلق.

ألا ترى أن الرجل إذا أوصى لرجل بعبد، ثم ساوم[9] به في البيع بطلت الوصية، سواء تم ذلك البيع، أو لم يتم[10]، وكذلك ـ أيضاً[11] ـ إذا وهب ذلك

---

(1) في / أ: (إلى وارثة الموصي).
(2) لقول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث». رواه أبو داود، والترمذي، وابن ماجة، والنسائي.
انظر: روضة الطالبين 6/ 109، وكفاية الأخيار 2/ 21، ومغني المحتاج 3/ 43.
والحديث سبق تخريجه في ص: 479 من الجزء الثاني.
(3) سبق في ص: 63.
(4) وهو قول ابن الحداد، والصحيح: أنها لا تبطل.
انظر: روضة الطالبين 6/ 310، وحلية العلماء 6/ 135، ومغني المحتاج 3/ 72.
(5) (عنها) ساقط من / ج.
(6) انظر: المراجع السابقة.
(7) في / ج (استودعها).
(8) (لو) ساقط من / أ.
(9) التساوم في السلعة: أن يعرض الرجل سلعته بثمن ما، ويطلبها صاحبه بثمن دونه.
انظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي / 196، ولسان العرب 12/ 310، والمصباح المنير / 297.
(10) على الأصح، وقيل: إنها لا تبطل.
قال الشاشي: وليس بصحيح.
انظر: حلية العلماء 6/ 133، وروضة الطالبين 6/ 307، ومغني المحتاج 3/ 71.
(11) (أيضاً) ساقط من / أ.

العبد لإنسان، سواء[1] سلم الموهوب، أو لم يسلمه[2] فالوصية باطلة[3]، وكذلك أيضاً المتسري[4] مع استفراغ الماء وأما إذا واقعها وعزل عنها الماء فقد اقتصر على فعل لا يتضمن نهايته ما يوجب بطلان الوصية؛ لأن نهاية الوطء مع العزل نوع من الاستمتاع والاستخدام، ولو استخدم العبد الموصى به لم يتضمن الاستخدام إبطال الوصية[5]. والله أعلم.

مسألة (416): إذا أوصى بعتق جارية، ثم واقعها، ولم يعزل عنها الماء لم تبطل الوصية[6].

ولو أوصى برقبتها لرجل، ثم واقعها، ولم يعزل عنها[7] بطلت الوصية[8].

والفرق بينهما: أنه إذا أوصى بعتقها، أو دبرها[9]،[10]، ثم واقعها واستودعها ماءه فنهاية استيداع الماء غير متنافي للوصية بعتقها[11]؛ لأن الاستيلاد هو سبب للحرية[12] بعد الموت، بل في هذا[13] الاستيلاد لزوم الحرية

(1) في / أ: (فسواء).
(2) في / أ: (أو لم يسلم).
(3) على الأصح، وقيل: إنها لا تبطل.
قال الشاشي: وليس بصحيح.
انظر: المراجع السابقة.
(4) في / أ: (المشتري)، وفي / ج: (التسوي) والصواب ما أثبت.
(5) انظر: روضة الطالبين 6/ 310، ومغني المحتاج 3/ 72.
(6) انظر: المنثور في القواعد 3/ 333.
(7) (عنها) ساقط من / ج.
(8) سبقت المسألة في ص: 78.
(9) في / أ: (أوبرها).
(10) سوى المؤلف - في الحكم - بين وطء الجارية الموصى بعتقها، ووطء الجارية المدبرة، فلم يجعله رجوعاً في الجميع.
انظر: روضة الطالبين 12/ 196، ومغني المحتاج 4/ 512، والمنثور في القواعد 3/ 333.
(11) في / ج: (فنهاية استيداع الماء ما فيه الوصية بعتقها).
(12) في / ج: (الحرية).
(13) (هذا) ساقط من / ج.

التي لا تزول[1] ولا تبطل بالديون، ولا تدخل مع الوصايا في المخاصمة والمضاربة[2]، وإنما تبطل الوصايا بما يكون منافياً لها.

وإذا أوصى برقبتها لشخص، ثم استودعها ماءه، فقد فعل فعلاً لو تم ذلك[3] الفعل كان منافياً للوصية السابقة، إذ[4] الاستيلاد في الرقبة الواحدة[5] مقدم على الوصية بها[6].

مسألة (417): إذا أوصى رجل لرجل بنصف ابنه ومات الموصي، ثم مات[7] الموصى له قبل قبول الوصية، فقام[8] الوارث مقامه في القبول[9]، فقبل ذلك النصف ـ وللموصى له أموال ـ: عتق بالقبول مقدار الوصية، ووجبت السراية[10] في ملك الموصى له[11]؛ لأن الملك في الأصل له، وإنما ينتقل عنه إلى الورثة ما جاز فيه الانتقال، ولو قبل في حال حياته كانت السراية[12] في ملكه[13]، فكذلك قبول وارثه بعد مماته[14]، ولو

(1) في /أ: (التي هي لا تزول).
(2) فإذا استولد الرجل أمته عتقت بموته من رأس المال ويقدم عتقها على الديون والوصايا. انظر: مغني المحتاج 4/ 543، وكفاية الأخيار 2/ 182.
(3) (ذلك) ساقط من /أ.
(4) في /أ: (إذا).
(5) (الواحدة) ساقط من /أ.
(6) فإذا أوصى بجارية، ثم استولدها بطلت الوصية. انظر: روضة الطالبين 6/ 305، والمعاياة خ. ورقة: 93 ـ ب.
(7) (الموصي ثم مات) ساقط من /أ.
(8) في /أ: (قام).
(9) في /ج: (في القبول مقامه).
(10) في /ج: (التسوية).
(11) (له) ساقط من /أ.
(12) في /ج: (التسوية).
(13) في /أ: (في ماله).
(14) انظر: روضة الطالبين 12/ 118، 135، وكفاية النبيه.خ. ج 3 ورقة: 197 ـ أ ـ ب، والتهذيب.خ. ج 4. ورقة: 289 ـ أ ـ ب.

كانت الرقبة الموصى بها، أو ببعضها ممن يعتق على [وارثه، ولا يعتق على الموروث، فمات الموصى/ له قبل القبول، فقبل][1] الوارث وصية أبيه[2] - (206/أ) والوصية ببعض[3] الرقبة ـ عتق مقدار[4] الوصية، وقومنا على الوارث بقية الرقبة في خالص[5] ماله[6].

وبمثله[7] لو أن مكاتباً عجز عن نجوم الكتابة، وفي ملكه بعض رقبة من يعتق على سيده، فعجزه السيد دخل في ملكه ذلك البعض، ولم يقوَّم عليه الباقي[8].

والفرق بين المسألتين: أن الوارث إذا قبل وصية موروثه كان هذا القبول بعينه عقداً للتمليك، ومتى ما قصد عقد التمليك في بعض من يعتق عليه، فقد تحقق منه اجتلاب[9] الملك في العتق قصداً وحقيقة، فلا بد من تقويم الباقي عليه. فأما إذا قصد تعجيز مكاتبه[10]، فليس التعجيز من عقود التمليك، ولكنه فسخ[11] عقد، ثم يترتب عليه في الدرجة الثانية دخول بعض من يعتق عليه في ملكه،

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(2) في / ج: (الوارث بعد وصية أبيه).
(3) في / أ: (بعض).
(4) في / أ: (المقدار).
(5) في / أ: (في خاص).
(6) على أحد الوجهين. وهو أن العتق يسري. والأصح أنه لا يسري.
انظر: روضة الطالبين 12/ 117 ـ 118، 135، والتهذيب. خ. ج 4. ورقة: 289 ـ ب.
(7) في / أ: (ومثله).
(8) على الوجه: الأصح وهو أن العتق لا يسري.
انظر: كفاية النبيه.خ. ج 3 ورقة: 197 ـ ب، وروضة الطالبين 12/ 117، والتهذيب خ. ج 4 ورقة: 289 ـ أ ـ ب.
(9) في / أ: (اختلاف).
(10) في / أ: (المكاتبة).
(11) في / ج: (وإنما هو فسخ).

فصار كما لو ورث بعض من يعتق عليه، فلا يقوم عليه الباقي[1]؛ لأنه بالإرث لا يقصد اجتلاب الملك، كما يقصد اجتلاب الملك[2] بقبول الوصية[3].

وعلى هذه النكتة نقول[4]: إذا رد[5] الوارث بالعيب سلعة اشتراها مورثه ببعض من يعتق عليه[6]، فدخل في ملك الوارث ـ لرد السلعة بالعيب ـ بعض من يعتق عليه لم يقوَّم عليه الباقي؛ لأنه قصد فسخ البيع بسبب العيب، فترتب على الفسخ دخول بعض تلك الرقبة في ملكه[7]، ومن أصحابنا من يقول بالتقويم في هذه المسائل[8].

مسألة (418): إذا سبق موت الموصي[9] موت الموصى له، ثم مات الموصى له عن غير قبول، فالوصية بحالها لا تبطل بموتهما[10]، ويقوم وارث الموصى له في القبول مقام الموصي له[11] إن شاء، ولا يجبر على قبولها[12].

---

(1) أي أنه لا يرى العتق.
انظر: روضة الطالبين 12/ 117، والبيان.خ. ج 5 ورقة: 18 ـ أ، والتهذيب.خ. ج 4 ورقة: 289 ـ أ.

(2) في /أ: (كما يقصد اختلاف الملك) وساقط من /ج، والصواب ما أثبت.

(3) فإذا ملك بعض من يعتق عليه باختياره كأن يقبل الوصية به، فإن العتق يسري، ويقوم عليه باقية.
انظر: المراجع السابقة.

(4) (نقول) ساقط من /ج.

(5) في /أ: (إذا ودا).

(6) في /ج: (من يعتق عليه الوارث).

(7) على أحد الوجهين. وصححه أبو الطيب الطبري، وقطع به البغوي.
انظر: روضة الطالبين 12/ 117، 135، والتهذيب.خ. ج 4. ورقة: 289 ـ ب، والبيان خ. ج 5 ورقة: 190 ـ أ، وكفاية النبيه.خ. ج 3 ورقة: 197 ـ ب.

(8) ومنهم ابن أبي هريرة، وابن الحداد. وصحح هذا النووي.
انظر: المراجع السابقة.

(9) (موت الموصي) ساقط من /أ.

(10) في /أ: (بموتها).

(11) في /ج: (ويقوم وارث الموصى له مقام الموصى له في القبول).

(12) انظر: حلية العلماء 6/ 76، ومغني المحتاج 3/ 54، والمهذب 1/ 453.

وإن مات الموصى له، ثم مات الموصي، فالوصية باطلة، ولا فائدة في قبول الوارث[1].

والفرق بين الحالتين[2]: أن استقرار الوصايا إنما يتحقق يوم موت الموصي[3]، ألا ترى أن له الرجوع عن الوصية ما دام حياً[4]، فإذا مات، فليس لوارثه الاعتراض على تلك الوصية، فلما كان استقرارها بالموت حكمنا بأن الموصي إذا مات[5] والموصى له حي استقرت[6] الوصية وثبت القبول حقاً للموصى له، فإذا مات الموصى له قبل القبول ناب وارثه فيه.

فأما إذا سبق موت الموصى له، ثم مات الموصي، فلا يثبت يوم موت[7] الموصي حق قبول الوصية للميت، وما أوصى لوارثه حتى يثبت له أول[8] حق القبول، فبطلت الوصية؛ لتقدم موت الموصى له.

مسألة (419): البائع إذا قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم،/ فمات المشتري (206/ب) قبل الجواب لم يقم[9] وارثه مقامه في القبول[10]، وإذا مات الموصي، ثم مات الموصى له قبل القبول[11] قام وارثه مقامه[12].

---

(1) انظر: المهذب 1/ 453، وروضة الطالبين 6/ 143، ومغني المحتاج 3/ 54.
(2) في /أ: (الحالين).
(3) فتلزم بموته.
انظر: القواعد للحصني القسم الأخير 2/ 758، والأشباه والنظائر للسيوطي / 275.
(4) انظر: مغني المحتاج 2/ 71، والمهذب 1/ 461.
(5) في /ج: (بأن الموصى له مات).
(6) في /ج: (له حتى قبل القبول ناب عنه وارثه فيه. وأما إذا سبق موت الموصي والموصى له حي استقرت).
(7) في /ج: (يوم مات).
(8) في /أ: (حتى ثبت للأول).
(9) في /أ: (لم يقوم).
(10) في /ج: (في القبول مقامه).
وانظر: المجموع 9/ 169، 211، والشرح الكبير 8/ 104، وروضة الطالبين 3/ 340.
(11) في /ج: (ولو أوصى له، ثم مات الموصى له قبل وارثه في القبول).
(12) تقدم ذكر المسألة في المسألة السابقة.

والفرق بين المسألتين: أن البائع إذا قال: بعت منك هذا[1] العبد بألف، فهذا الإيجاب في حد الجواز[2]، لا في حد اللزوم، وإذا مات المشتري قبل القبول مات عن حق جائز، والعقود الجائزة تبطل بالموت، كالجعالات والوكالات[3]، فأما إذا مات الموصي، فقد صار إيجاب الوصية بموته[4] في حد اللزوم، وخرج حد الجواز، والحقوق اللازمة لا تبطل بالموت[5].

ألا ترى أن البائع لو قال: رجعت عن الإيجاب قبل جواب المشتري لم ينفع جواب المشتري بعد رجوعه[6]، ولو قال وارث الموصي بعد موته: أبطلت الوصية لم تبطل بإبطاله.

فوزان البيع قبل جواب المشتري وزان الوصية قبل موت الموصي فإن الوصية قبل موت الموصي في حد الجواز.

ألا ترى أنه متى شاء رجع عنها قبل موته؛ ولهذه النكتة بطلت الوصية بموت الموصى له قبل موت الموصي، كما يبطل الإيجاب في البيع[7] بموت أحدهما من الطرفين.

مسألة (420): الرجل[8] إذا أوصى بعتق شقص له في مملوك، واقتصر على ذلك ومات، فأعتقنا ذلك الشقص[9] لم[10] يسر عتقه إلى باقي المملوك وإن كثرت التركة[11].

---

(1) (هذا) ساقط من / أ.
(2) في / أ: (الجواب).
(3) انظر: المنثور في القواعد 2/ 398، 401، والمجموع 9/ 211.
(4) في / أ: (لموته).
(5) انظر: المرجعين السابقين.
(6) انظر: المجموع 9/ 169، وحاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج 3/ 381.
(7) في / أ: (كما تبطل في الايجاب والبيع).
(8) (الرجل) ساقط من / جـ.
(9) (ومات فاعتقنا ذلك الشقص) ساقط من / جـ.
(10) (لم) ساقط من / أ.
(11) انظر: نهاية المحتاج 8/ 387، وروضة الطالبين 12/ 115، ومغني المحتاج 4/ 499.

ولو كانت المسألة بحالها غير أنه زاد في الوصية، فقال: ويستتم عتق باقيه وجبت السراية[1]. في التركة من الثلث[2].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا لم يوص بالتسرية[3]، واقتصر على الإيصاء بالعتق انتقل ملكه بالموت إلى ورثته إلا فيما استبقى[4] لوصيته، ووصيته عتق الشقص المملوك دون التسرية[5]، فلو سرينا عتقه لكانت التسرية على ملك[6] الوارث وذلك محال.

فأما إذا أوصى بالاستتمام، فقد استبقى لوصيته طائفة من ماله فوق عتق الشقص المملوك، ولو أوصى بشراء مملوك وإعتاقه وجب تنفيذ وصيته في ثلثه[7]، فكيف لا يجب تسرية عتقه في ثلثه؟.

مسألة (421): الجارية إذا كانت مشتركة بين شريكين وفي بطنها ولد مملوك إما[8] من زنا أو زوج[9]، فأعتق أحدهما نصيبه من الولد وهو موسر عتق الولد كله[10]، ثم تنتظر الولادة، فإن سقط الولد ميتاً فليس

(1) في /أ: (وجب التسوية).
(2) انظر: روضة الطالبين 12/ 115 ـ 116، ونهاية المحتاج 8/ 387.
(3) في /أ: (بالتسوية).
(4) في /ج: (إلا فيما استبقاه).
(5) في /أ: (السرية).
(6) في /أ: (في ملك).
(7) انظر: روضة الطالبين 6/ 166.
(8) (أما) ساقط من /ج.
(9) في /أ: (أو بن زوج).
(10) لقول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «من أعتق شركاً له في عبد، فكان له ما يبلغ ثمن العبد قوم العبد قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه، وإلا فقد عتق منه ما عتق» رواه البخاري ومسلم. واللفظ للبخاري.
انظر: روضة الطالبين 12/ 168، والغاية القصوى في دراية الفتوى 2/ 1042.
وصحيح البخاري كتاب «العتق» باب «إذا أعتق عبداً بين اثنين، أو أمة بين الشركاء» حديث (6، 7، 8).
وصحيح مسلم كتاب «العتق» باب «ذكر سراية العبد» حديث (1503).

على[1] المعتق غرامة نصيب الشريك من الولد، وإن سقط[2] حيا أو سقط ميتاً بجناية جانٍ على الأم أدت إلى الإجهاض وجب على الشريك المعتق أن يغرم للشريك الثاني نصيبه من قيمة الولد[3].

(207/أ) **والفرق بين الحالتين**: أن الولد إذا سقط ميتاً فقد/ سقط[4] موصوفاً بصفة منافية للضمان؛ لأن أول زمان يثبت فيه حكم الولد[5] زمان الانفصال عن الأم، فإذا انفصل ميتاً انفصل[6] على[7] صفة يستحيل الضمان معها، وإذا سقط حياً فقد سقط على[8] صفة لا يستحيل الضمان معها، وكذلك إذا سقط مقتولاً؛ لأنه سقط مضموناً؛ ولذلك فصلنا في ولد المغرور بين أن يسقط ميتاً فلا ضمان على الزوج[9]، وبين أن يسقط مقتولاً فيضمن الزوج لسيد الأمة[10].

مسألة (422): إذا كان في الوصايا عتق الجواري الحوامل، فكل[11] حمل، أو بعض من حمل صار حراً في الوصية لم يكن محسوباً على حساب الثلث، وكل حمل بقي رقيقاً للورثة كان محسوباً عليهم في الثلثين[12].

---

(1) (على) مكررة في /أ.
(2) في /أ: (ولو سقط).
(3) انظر: روضة الطالبين 12/ 168.
(4) (سقط) ساقط من /أ.
(5) (الولد) ساقط من /ج.
(6) (ميتا انفصل) ساقط من /أ.
(7) في /أ: (عن).
(8) في /أ: (عن).
(9) في /ج: (فلا يضمن الزوج شيئاً).
(10) انظر: الشرح الكبير 11/ 174، وخبايا الزوايا / 414.
(11) في /أ: (وكل).
(12) المسألتان مصورتان في رجل أوصى بعتق الجواري الحوامل، فكانت الوصية أكثر من الثلث، ولم يجز الورثة ما زاد عن الثلث، فإنه في هذه الحالة يقرع بينهن، فيعتق منهن مقدار الثلث ويرق الباقي، فمن عتقت منهن عتق حملها، ومن رقت رق حملها.
انظر: الأم 8/ 9 ـ 10، ومغني المحتاج 4/ 502، 505 ـ 506، وروضة الطالبين 12/ 139، 142 ـ 144، والمنثور في القواعد 2/ 202.

والفرق بين الحالتين: أن ما[1] يعتق من الحمل يعتق على حكم التبعية للأم، فصارت الأم محسوبة دون ما صار تبعاً لها، فأما ما بقي رقيقاً للورثة، فذلك ملك من الأملاك، فلا فرق بين رقبة الجواري الباقيات للورثة وبين رقبة الأولاد، ومحال أن نجعل الولد تبعاً للأم في الملك حتى لا نحسبه على الورثة وقد بقيت رقبته ما لا يتمول للوارث، ولو كان الجنين يعتق بالسراية إذا عتقت[2] الأم دون[3] مراعاة معنى التبعية: لعتقت الأم [إذا عتق الجنين في بطنها بالسراية[4]، ولا خلاف أن الجنين إذا أعتق لم يسر العتق إلى الأم[5]][6]، وهذا فرق ما بين الحالتين وهو التبعية، فالأم تستتبع الولد، ويستحيل أن يستتبع الولد الأم، ثم إن الأم تستتبع الجنين في العتق ما دام جنيناً، وتستتبعه في الإسلام بعد الانفصال، كما تستتبعه جنيناً[7].

والفرق بين الحكمين: أن التبعية في الإسلام تحصل بالكفالة.

ألا ترى أنّا نحكم للطفل[8] الكافر بالإسلام لإسلام السابي، وسابيه أجنبي منه[9]، والاستتباع في العتق يقتضي نوعاً من الاتصال[10].

---

(1) في / أ: (إنما).
(2) في / أ، ج: (عتق) والصواب ما أثبت. والله أعلم.
(3) (دون) ساقط من / ج.
(4) يشير المؤلف ـ رحمه الله ـ إلى قاعدة فقهية وهي: «أن السراية في الأشقاص، لا في الأشخاص».
انظر: المنثور في اقواعد 2/ 202، وروضة الطالبين 12/ 111.
(5) بل خالف في ذلك أبو إسحاق الإسفراييني وقال: إنها تعتق بعتقه، ولكن الصحيح ما قطع به المؤلف.
انظر: روضة الطالبين 12/ 111، والمنثور في القواعد 1/ 234.
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(7) فالولد يتبع أشرف أبويه دينا وقت العلوق.
انظر: المنثور في القواعد 1/ 239، 3/ 350، والأشباه والنظائر للسيوطي / 267.
(8) في / ج: (للعاقل).
(9) انظر: المنثور في القواعد 1/ 239، 3/ 350، وروضة الطالبين 10/ 252.
(10) في / أ: (من الانفصال).

مسألة (423): الموصي إذا أعتق الجنين[1] في البطن اعتبرناه[2] من[3] الثلث[4]، وقد ذكرنا أنه لو أعتق الجارية وفي بطنها ولد جعلنا[5] الولد تبعاً، ولم نثبت له حكماً في الحساب[6] على الثلث[7].

والفرق بين الحالتين: ما ذكرنا[8] من النكتة وهي: مراعاة التبعية، فإذا أعتق[9] الولد مقصوداً في البطن دون الأم فقد جعله في العتق أصلا، فلا يمكننا[10] أن نجعله تبعاً، ويجوز إفراد الولد بالقصد وإن كنا نجعله تبعاً للأم.

ألا ترى أن الوصية بالجنين صحيحة، ويكون الجنين أصلاً حينئذٍ[11]، ولو أوصى لرجل بجارية[12] وهي حبلى وسكت عن الحمل دخل الحمل في الوصية/ (207/ب) تبعاً[13]، فأما إذا أعتق[14] الأم وهي حبلى فقد جعل الأم أصلاً في العتق، وصار[15] الولد تبعاً لها لما كانت أصلاً له.

---

(1) (الموصي إذا أعتق الجنين) غير واضحة في / ج.
(2) في / أ، ج: (اعتبرنا) والصواب ما أثبت.
(3) في / أ: (في).
(4) انظر: روضة الطالبين 6/ 123، 12/ 111، ومغني المحتاج 2/ 47، 4/ 495.
(5) في / أ: (جهلنا).
(6) (حكماً في الحساب) غير واضحة في / ج.
(7) انظر: المسألة السابقة.
(8) في / أ: (ما ذكرناه).
(9) في / ج: (فإذا عتق).
(10) في / أ: (ولا يمكننا).
(11) ويشترط لصحة الوصية به: انفصاله حياً لوقت يعلم وجوده عند الوصية.
انظر: مغني المحتاج 3/ 44، وروضة الطالبين 6/ 155، وكفاية الأخيار 2/ 20.
(12) في / أ: (بالجارية).
(13) على الأصح قياساً على البيع، وقال النووي: «ولا تبعد الفتوى بخلاف البيع؛ لأن الحمل لا ينفرد بالبيع، فجعل تبعاً، ويفرد بالوصية، فلا يتبع؛ ولأن الأصل تنزيل الوصية على المتيقن؛ ولأنها عقد ضعيف، فلا يستتبع» أ. هـ روضة الطالبين 6/ 155، وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 269، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 559.
(14) في / أ: (عتق).
(15) في / أ: (فصار).

مسألة (424): الجنين يأخذ ـ على أحد القولين ـ قسطاً[1] من الثمن في البيع، فيصير كأنه مبيع مضموم إلى مبيع[2] [3].

فأما في باب الوصايا، فلا يأخذ بقسط من الحساب في الثلث، بل إذا عتقت[4] الأم اختزلنا[5] الجنين واستفردناه[6] في الحساب، فلم نحسبه[7].

والفرق بين الأصلين: أن الولد في المبيع[8] ما دام جنيناً، فلا سبيل إلى التقسيط عليه؛ لأن التقسيط يكون[9] بالتقويم، والتقويم في البطن متعذر، فلا يتصور[10] أن يقوم[11] وهو جنين، ولكن نعتبر قيمته يوم الانفصال، وإذا انفصل حياً، فصارت[12] قيمته معلومة ساعة الانفصال أمكن التقسيط عليه.

ألا ترى أنه لو سقط في البيع ميتاً لم يأخذ القسط[13] من الثمن[14].

وإذا ثبت أن التقويم والتقسيط إنما يتيسر يوم الانفصال، فإذا عتق الجنين في

(1) في /أ: (الجنين على أحد القولين يقابل بقسط).
(2) (إلى مبيع) ساقط من /أ.
(3) وهذا أصح القولين.
انظر: المجموع 9/215، 219، والشرح الكبير 8/381، والمنثور في القواعد 2/80.
(4) في /أ: (اعتق الأم).
(5) في /أ: (اخترنا).
والاختزال: الاقتطاع، والانفراد.
انظر: لسان العرب 11/204، والصحاح 4/1684.
(6) (واستفردناه) ساقط من /ج.
(7) انظر: روضة الطالبين 12/142 ـ 143، ومغني المحتاج 4/505.
(8) في /أ: (في البيع).
(9) (عليه لأن التقسيط يكون) ساقط من /ج.
(10) في /أ: (ولا يتصور).
(11) في /ج: (أن يتقوم).
(12) في /ج: (وصارت).
(13) في /ج: (بقسط).
(14) انظر: المجموع 9/217، والأشباه والنظائر للسيوطي /183.

البطن بعتق الأم، فقد انفصل يوم الولادة تالفاً بالحرية التي هو[1] فيها تبع، والولد إذا انفصل تالفاً بالحرية التي[2] هو فيها تبع، فليس له في التقسيط والتقويم والتغريم[3] حكم، وقد قال الشافعي - رحمه الله - في ولد المغصوب[4] إذا سقط ميتاً .: «لا يجب على الغاصب ضمانه»[5].

والذي يوضح هذا: أن نعتبر على الورثة قيمة الجنين في الثلثين يوم الانفصال.

فإن قال قائل: أليس إذا عتق الجنين بالوصية في البطن، فانفصل حياً كان محسوباً على الثلث في حساب الوصايا[6].

قلنا: إذا أعتقه، فقد أفرده في الحكم، وجعله أصلاً، ونزله[7] منزلة المنفصل يوم الإعتاق، وذلك يتصور في الوصايا، ولا يتصور ذلك في البيع[8]، فأما إذا كان تبعاً للأم في العتق، فلا وجه لإفراده بالتقسيط.

مسألة (425): المريض إذا أعتق عبيداً في مرض موته، ومات[9]، والثلث يحتمل بعضهم، ولا يحتمل جميعهم، اعتبرنا قيمة من عتق منهم يوم الإعتاق في المرض، لا يوم موت[10] المريض[11]. فأما من رق منهم، فإنا نعتبر قيمته

---

(1) في /أ: (هي).
(2) في /أ: (الذي).
(3) (والتغريم) ساقط من /ج.
(4) في /أ، ج: ورد باللفظ المثبت وهو صواب إذ المراد ولد الأنثى من الرقيق، والرقيق يطلق على الذكر والأنثى.
انظر: لسان العرب 10/ 124، والمصباح المنير / 235.
(5) انظر: الأم 3/ 247، ومختصر المزني / 117.
(6) انظر: المسألة السابقة.
(7) في /أ: (وينزله).
(8) في /ج: (في البيع).
(9) (ومات) ساقط من /ج.
(10) في /أ: (ولا يوم مات).
(11) انظر: روضة الطالبين 12/ 141، ومغني المحتاج 4/ 505، ونهاية المحتاج 8/ 393.

بيوم[1] موت المريض، لا بيوم[2] الإعتاق[3].

والفرق بينهما: أن كل عبد فاز بسهم العتق، فإن عتقه يكون مستنداً إلى التنجيز، ولا يكون عتقاً مستأنفاً يوم الموت، وإذا أعتق يوم التنجيز كان ما زاد في قيمته بعد ذلك زيادة[4] في قيمة حر، وكذلك النقصان، فلا وجه لاعتباره يوم موت الموروث[5]، فأما [من بقي رقيقاً، فهو ميراث للورثة، وإنما نعتبر مقدار الميراث يوم موت[6] الموروث.

فأما][7] إذا أوصى بإعتاق عبد، أو دبر عبداً/ فجميع القيم يومئذٍ[8] معتبرة (208/أ) بيوم[9] الموت؛ لأن العتق يقع عقيب الموت[10]، كما يقع استحقاق الورثة عقيب الموت.

مسألة (426): إذا أوصى لرجل بمملوك، ومات الموصي، واكتسب ذلك المملوك بعد الموت كسباً، وذلك قبل قبول الوصية، فإذا قلنا: حدث[11] الملك للموصى له بالقبول عقيب القبول، فذلك الكسب للوارث، لا للموصى له[12].

ولو أوصى بأن يعتق عبد من عبيده بعد موته فاكتسب بين الموت والإعتاق[13]

---

(1) في /ج: (يوم).
(2) في /ج: (يوم).
(3) انظر: مغني المحتاج 4/ 505، ونهاية المحتاج 8/ 393.
(4) في /أ: (الزيادة).
(5) (يوم موت الموروث) ساقط من /ج.
(6) (موت) ساقط من /ج، ولا يستقيم الكلام إلا بإثباتها.
(7) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(8) في /ج: (حينئذٍ).
(9) في /ج: (يوم).
(10) انظر: مغني المحتاج 4/ 505، وروضة الطالبين 12/ 140.
(11) في /أ: (يحدث).
(12) انظر: روضة الطالبين 6/ 143 ـ 144، ومغني المحتاج 3/ 54، ونهاية المحتاج 6/ 67.
(13) في /أ: (بعد الموت وقبل الإعتاق).

كسباً، فذلك الكسب عند بعض أصحابنا للغلام، فإذا[1] أعتقناه صرفناه[2] إليه، وعند[3] بعضهم للميت يقضي منه ديونه وينفذ منه[4] وصاياه، وسوى بعضهم بين هذا الكسب وبين الكسب في المسألة الأولى، وجعلهما[5] للوارث، والأصح طريق الفرق[6].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا أوصى بالعتق فقد استبقى تلك الرقبة لمحض القربة وهي العتق، فوجب أن يستبقيها لتلك الجهة، وأما إذا أوصى بها لرجل فالوصية عقد من عقود التمليك كالهبة، وربما لا تتمحض قربة، فلم نحكم للموصى له بملك المنافع ما لم يملك الرقبة، وإنما ملك الرقبة بالقبول عقيب القبول على هذا القول الذي ذكرناه.

فأما إذا حكمنا له بالملك عقيب الموت ـ على جهة الوقف أو على غير جهة الوقف[7] فالمنافع ما بين الموت والقبول يكون للموصى له مع الرقبة[8].

---

(1) في / أ: (إذا).
(2) في / أ: (وصرفناه).
(3) في / أ: (فعند).
(4) (منه) ساقط من / جـ.
(5) في / أ: (وجعلها).
(6) انظر: مغني المحتاج 3/ 54، ونهاية المحتاج 6/ 67 ـ 68، وكفاية النبيه. خ. جـ 3 ورقة: 131 ـ ب ـ 132 ـ أ.
(7) ذكر المؤلف ـ رحمه الله ـ في بداية المسألة **القول الأول** في وقت ملكية الموصى له الموصى به وهذان القولان الآخران. **فالقول الثاني**: إن الملك موقوف. فإن قبل الموصى له بان أنه ملك الوصية بالموت. وإن لم يقبلها بان أنها للوارث. وهذا هو أظهر الأقوال؛ لأنه لا يمكن جعله للميت فإنه لا يملك، ولا للوارث فإنه لا يملك أن يتصرف فيه إلا بعد الوصية، والدين، ولا للموصى له، وإلا لما صح رده كالإرث فتعين وقفه. **والقول الثالث**: أنه يملك بموت الموصي.
انظر: مغني المحتاج 3/ 54، وروضة الطالبين 6/ 143، ونهاية المحتاج 6/ 67.
(8) انظر: روضة الطالبين 6/ 143 ـ 144، ومغني المحتاج 3/ 54، ونهاية المحتاج 6/ 67.

مسألة (427): إذا أوصى رجل لرجل بقمح بعينه، ثم خلطه بقمح آخر، فقد[1] قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «صار راجعاً عن الوصية»[2].

وقال أيضاً: «لو أوصى له بمكيلة حنطة مما في بيته، ثم خلطها بمثلها لم يكن[3] رجوعاً، وكانت له المكيلة بحالها»[4].

والفرق بين المسألتين: أن الحنطة[5] في المسألة الأولى معينة ممتازة عن غيرها، فإذا خلطها بحنطة أخرى[6]، فقد قصد عينها بهذا التصرف، فصار، كما لو طحنها، أو كانت الوصية دقيقاً، فعجنه[7].

أما إذا أوصى بمكيلة حنطة من الحنطة التي في البيت، فالوصية غير معينة وغير ممتازة، فإذا خلط الحنطة التي في البيت بحنطة أخرى[8] لم يختص تصرفه وخلطه بالعين الموصي بها، فلم[9] يمكن أن نجعل ذلك الخلط قصداً لعين الوصية بالتصرف والتغيير[10]، فلذلك لم نجعله راجعاً عن الوصية.

مسألة (428): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «الرجل إذا كان في أيدي مشركين[11] يقتلون الأسارى فأعطي عطية في هذه الحالة كانت عطيته من الثلث. ولو

---

(1) (فقد) ساقط من / أ.
(2) انظر: مختصر المزني / 145، والأم 4/ 118.
(3) (لم يكن) ساقط من / أ.
(4) انظر: المصدرين السابقين.
(5) الحنطة والقمح اسمان لمسمى واحد.
انظر: لسان العرب 2/ 565، والمصباح المنير / 154.
(6) في / أ: (آخر).
(7) انظر: الأم 3/ 118، ومختصر المزني / 145.
(8) في / أ: (فإذا خلطها فالحنطة التي في البيت حنطة أخرى)، وفي / ج: (فإذا خلطها فالحنطة التي في البيت بحنطة أخرى)، ولعل الصواب ما أثبت والله أعلم.
(9) في / أ: (ولم).
(10) في / أ: (والتغير).
(11) في / أ: (مشتركين).

أن رجلاً وجب عليه القصاص فقدموه للاقتصاص فأعطي عطية كانت من رأس المال لا من الثلث/ »[1]. (208/ب)

والفرق بين المسألتين: ما أشار الشافعي ـ رحمه الله ـ إليه[2]: أنهم في القصاص ممكن أن يتركوا فيحيوا[3].

فإن قيل: مثل هذا الإمكان موجود في الجانب الثاني؛ لأن المشركين ربما يتركون فيحيون.

قلنا: المشركون[4] إذا كانوا معروفين[5] بقتل الأسارى، كما صور الشافعي فإنهم يتدينون بذلك القتل، ويعتقدونه قربة عظيمة وطاعة، فالخوف مع هذه الصفة أغلب وأظهر، فأما أولياء القصاص فإنهم لا يتدينون[6] بالاستيفاء، وإنما يقصدون بذلك[7] استدراك الغيظ، وهم يعلمون أن الشريعة ندبتهم إلى العفو ولهم عليه عند الله ميعاد الثواب[8]، والقصاص مباح لهم إن أرادوا القصاص[9]،

---

(1) انظر: الأم 4/ 108، ومختصر المزني / 145 ـ 146، وشرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 248 ـ ب، 249 ـ أ، وروضة الطالبين 6/ 123، 127.

(2) في / أ: (ما أشار إليه الشافعي رحمه الله إليه).

(3) انظر: مختصر المزني / 146، والأم 4/ 108.

(4) في / أ: (المشركين).

(5) في / ج: (يعرفون).

(6) في / ج: (فلا يتدينون).

(7) (بذلك) ساقط من / ج.

(8) قال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّـٰلِمُونَ ﴿٤٥﴾﴾ المائدة: آية (45).

(9) قال النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودي وإما يقاد». رواه البخاري، ورواه مسلم بلفظ: ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يفدي وإما أن يقتل».
انظر: صحيح البخاري كتاب «الديات» باب «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين» حديث (19)، وصحيح مسلم كتاب «الحج» باب «تحريم مكة وصيدها. . .» حديث (1355).

والظن بالمسلم أن ينتدب لما ندبه الله[1] إليه، كما يلتزم[2] ما فرضه الله عليه؛ فلذلك جعل الشافعي ـ رحمه الله ـ حالته حالة[3] الأمن ما لم يجرحوه والصحيح في المسألتين طريق [4]الفرق[5].

مسألة (429): إذا نصب الرجل وصيين، فأراد أحدهما أن ينفرد عن الثاني[6] ببيع عين[7]؛ لقضاء دين لم يكن له ذلك، إذا لم يجعل كل واحد منهما وصياً على الانفراد، ولكن يجب[8] أن يجتمعا ويتشاورا، ثم يعقدا ذلك البيع[9].

ولو كان في التركة وديعة، أو دراهم، أو على الميت دراهم، فأراد أحدهما الاستبداد برد الوديعة، أو قضاء الدراهم من الدراهم كان له الاستبداد والانفراد[10].

---

(1) (الله) ساقط من / أ.

(2) في / أ: (كما يلزم).

(3) (حالته حالة) غير واضحة في / ج.

(4) في / أ: (والصحيح في المسألتين للفرق).

(5) يشير المؤلف ـ رحمه الله ـ إلى اختلاف الأصحاب في النصين اللذين ساقهما عن الشافعي، وللأصحاب فيهما طريقان:
الأول: أن ينقل الجواب الذي أجاب به الشافعي في احدى المسألتين إلى الأخرى فيكون في كل مسألة قولان:
أحدهما: أن عطاياه تعتبر من رأس المال؛ لأنه صحيح لم يحل ببدنه ما يخاف عليه منه الموت.
الثاني: أنها تعتبر من الثلث؛ لأنه يخاف عليه الموت بسبب، فلا فرق بين أن يكون ذلك ببدنه، وبين أن لا يكون حالاً في بدنه.
وصحح هذا النووي، وقال إمام الحرمين: إنه اختيار المزني.
الطريق الثاني: تقرير النصين، والتفريق بينهما، كما اختاره المؤلف.
انظر: روضة الطالبين 6/ 127، وشرح مختصر المزني. خ. ج 6. ورقة: 248 ـ ب ـ 249 ـ أ، ونهاية المطلب. خ. ج 5 ورقة: 105 ـ ب.

(6) (عن الثاني) غير واضحة في / ج.

(7) في / أ: (عبد).

(8) في / أ: (وجب).

(9) انظر: روضة الطالبين 6/ 318، ومغني المحتاج 3/ 77، ونهاية المحتاج 6/ 107.

(10) انظر: مغني المحتاج 3/ 77 ـ 78، وروضة الطالبين 6/ 317، ونهاية المحتاج 6/ 107.

والفرق بين المسألتين: أن صاحب الدين لو ظفر بدراهم من التركة ودينه دراهم ـ وقد تعذر الاستيفاء ـ كان له التفرد بالقبض من غير وصي، ولا وارث[1]، فلما كان له التفرد بالقبض كان لكل واحد من الوصيين التفرد بالإقباض وكذلك رد الوديعة، فأما بيوع الأعيان، فإنها عقود لا يستغنى فيها عن الاجتهاد والمماكسة. ويعلم أن الميت إنما[2] نصبهما لغرض له، وهذا أظهر أغراضه، فإذا أراد أحدهما الانفراد، فقد أراد مخالفة الموصي[3] في أصل الوصية، ولا ينفذ تصرفه على وجه المخالفة.

مسألة (430): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا بلغ الغلام الحلم، ولم يرشد زوجه الولي الذي نصبه الأب، أو نصبه القاضي، ولا يجمع له بين امرأتين[4] ولا جاريتين للوطء وإن اتسع ماله»[5].

وقد قال الشافعي ـ رحمه الله في مواضع ـ: «لو قبل الأب على ابنه[6] الصغير نكاح[7] أربع نسوة كان جائزاً»[8].

والفرق بين المسألتين: أن الأب إذا تصرف على الطفل تصرف بالولاية الكاملة

---

(1) انظر: المراجع السابقة.
(2) في / أ: (أنهما).
(3) في ج: (الموصى له).
(4) في / أ: (ولا يجمع له امارنتين).
(5) انظر: الأم 4/ 121، ومختصر المزني / 146.
(6) في / أ: (عن ابنه).
(7) (نكاح) ساقط من / أ.
(8) حكاه الشيخ أبو حامد عن الشافعي. وقيل: إن المسألة على قولين.
وقيل: وجهين. الوجه الثاني: أنه لا يجوز أن يزوجه بأكثر من واحدة؛ لأنه لا حاجة به إلى ما زاد عليها.
انظر: البيان خ. ج 5. ورقة: 199 ـ ب، وتتمة الإبانة. خ. ج 7 ورقة: 228 ـ ب، وكفاية النبيه. خ. ج 9 ورقة: 5 ـ أ ـ 6 ـ ب، وحلية العلماء 6/ 361، ومغني المحتاج 3/ 169.

القوية المستفادة من غير تولية،/ فأشبهت هذه الولاية ولاية[1] تصرفه لنفسه من (209/أ) وجوه كثيرة، فجاز له أن يقبل عليه أربعاً، كما يقبل لنفسه، فأما الوصي، والقيم المنصوب، فإن ولايتهما قاصرة عن ولاية الأب، مقصورة على محض النظر[2]، ألا ترى أنه لا يستغني عن تولية، وليس من النظر أن يجمع له بين[3] امرأتين، ولا جاريتين وفي الواحدة كمال المقصود من الاستمتاع، والله أعلم بالصواب.



(1) (ولاية) ساقط من /أ.
(2) في /أ: (فإن ولايتهما عن ولاية الأب قاصرة على محض النظر).
(3) (بين) ساقط من /أ.

كتاب الوديعة

مسألة (431): إذا أودع رجل رجلاً عشرة دراهم، فأخذ منها درهماً[1]، فاستنفقه، ثم رد بدله إليها، فالاحتياط أن يعلم على ذلك الدرهم علامة، فإن لم يفعل فاختلط ذلك الدرهم بالتسعة وتعذر التمييز، ثم تلفت العشرة كلها بسرقة، أو ما أشبهها فعليه ضمان جميع العشرة[2].

ولو أنه أخذ من العشرة درهماً للاستنفاق على جهة[3] الخيانة، ثم ندم ورد ذلك الدرهم المضمون بالعدوان إلى التسعة فاختلط بها، ثم تلفت العشرة كلها، فليس عليه إلا ضمان درهم واحد على الصحيح من المذهب[4].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا استنفق ورد البدل واختلط[5] صار موصوفاً بأنه خلط ملكه بالوديعة[6]، والمودع إذا خلط ملكه بالوديعة من غير إذن في الخلط صار حائناً ضامناً[7]؛ ولذلك نقول: متى خلط عامل القراض مال رب المال بمال من عنده صار معزولاً، وكان الخلط منه جناية[8]، وقد[9] تلفت العشرة بعدما

---

(1) في /أ: (درهم).

(2) في /ج: (فعليه ضمان العشرة جميعاً).
وانظر: روضة الطالبين 6/ 336، والمعاياة. خ. ورقة: 84 ـ ب، ونهاية المطلب. خ. ج 5. ورقة 126 ـ ب.

(3) في /أ: (على وجهة).

(4) **والقول الثاني**: أن الجميع يصير مضموناً، لخلطه المضمون بغيره.
انظر: المراجع السابقة.

(5) في /ج: (فاختلط).

(6) (والمودع إذا خلط ملكه بالوديعة) ساقط من /أ.

(7) انظر: روضة الطالبين 6/ 336، ومغني المحتاج 3/ 89.

(8) وقال: امام الحرمين: قال الأصحاب: لا ينعزل، بل ينفذ تصرفه في المال.
انظر: نهاية المطلب. خ. ج 4. ورقة: 188، والحاوي كتاب «المضاربة» / 155، ومغني المحتاج 2/ 322.

(9) في /ج: (فقد).

تقدم منه سبب ضمان العشرة، فأما إذا رد[1] الدرهم[2] بعينه، فقد خلط بعض الوديعةِ ببعض، ولم يخلط بها مال[3] نفسه.

فإن قيل: إنه خلط المضمون بغير المضمون، وإن لم يخلط ملك نفسه بملك غيره، فوجب أن يضمن جميعها.

قلنا: خلط[4] المضمون بغير المضمون لا يوجب ضمان غير المضمون حتى يكون له عدوان، ألا ترى أن رجلاً لو كان في يده مغصوب[5] فأودعه المغصوب منه وديعة[6]، فخلط غصبه بوديعته، ليردهما[7] لم يصر ضامناً للوديعة[8]، [ألا ترى أنه إذا خلط الوديعة بملك نفسه صار ضامناً][9] وإن خلطها بغير مضمون، فعرفنا أنه لا اعتبار[10] بخلط المضمون[11] بغير المضمون، وإنما الاعتبار بخلط ملك نفسه بملك غيره، أو ملك[12] غيره بملك غيره[13].

واعلم أن صورة هاتين المسألتين في رجل دفع إليه رجل دراهم غير مشدودة ولا مختومة، فأما إذا أودعها إياه[14] مختومة ففض ختامها، أو مشدودة فحل

(1) في /أ: (ردوا).
(2) في /ج: (درهم).
(3) في /ج: (ملك).
(4) (خلط) ساقط من /أ.
(5) في /ج: (غصب).
(6) (وديعة) ساقط من /أ.
(7) في /أ: (ليردها).
(8) ونقل الشيرازي والنووي ـ فيما إذا خلطها بدراهم لصاحب الوديعة ـ وجهين. أظهرهما: أنه يضمن؛ لأنه لم يأذن أن يكون أحدهما مختلطاً بالآخر.
انظر: المهذب 1/ 361، وروضة الطالبين 6/ 336.
(9) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(10) في /ج: (أن الاعتبار).
(11) (بخلط المضمون) ساقط من /ج.
(12) في /أ: (وملك).
(13) في /ج: (بملك نفسه).
(14) في /أ: (إياهم).

وكاءها فقد صار بأول الفعل ضامناً لجميع الوديعة بسبب الجناية التي تحققت منه[1].

(209/ب) **مسألة (432)**: أودع رجل رجلاً وديعة، فقال: احفظها في/ خزانتك هذه ولا يدخل هذه الخزانة أحد، فخالفه وأدخلها جماعة، ثم سرقت الوديعة، فعلى المودع الضمان[2]، ولو احترقت[3] الوديعة، فلا ضمان[4].

والفرق بين المسألتين: أنه[5] إذا سرقت الوديعة[6]، فقد جاء تلفها من جهة المخالفة، حيث أدخل جماعة تلك الخزانة، فاطلعوا عليها، فقصدوها، فسرقوها، فأما إذا احترقت[7]، فليس لإدخاله الجماعة[8] ذلك البيت سبب وأثر[9] في الاحتراق، وإذا جاء التلف من غير جهة المخالفة جعلنا[10] المخالفة الموجودة، كالمفقودة، وعلى[11] هذا الأصل تجري مسائل[12] الودائع كلها[13].

مسألة (433): الأصل الكلي[14] أمانة المودع ونفي الضمان عنه حتى يتبين سبب

---

(1) انظر: روضة الطالبين 6/ 336، ومغني المحتاج 3/ 89، والمعاياة. خ. ورقة: 84 ـ ب.
(2) إذا سرقها أحد ممن أدخله، أما إذا سرقها غيرهم، فلا ضمان.
انظر: الأم 4/ 137، وروضة الطالبين 6/ 341، ومغني المحتاج 3/ 88.
(3) في /أ: (ولو احرقت).
(4) انظر: روضة الطالبين 6/ 341، ومغني المحتاج 3/ 84.
(5) (أنه) ساقط من /ج.
(6) (الوديعة) ساقط من /ج.
(7) في /أ: (احرقت).
(8) في /أ: (للجماعة).
(9) في /أ: (بسبب ولا أثر).
(10) في /أ: (فقد جعلنا).
(11) في /أ: (على) بدون الواو قبلها.
(12) في /أ: (فاتل).
(13) (كلها) ساقط من /ج.
(14) (الكلى) ساقط من /ج.

خيانة[1]، إلا في مودع مات، فطلبت الوديعة في التركة، فلم توجد، فقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ضمانها[2] واجب، والمودع غريم يحاص الغرماء»[3]، واستبعد الشافعي ـ رحمه الله ـ في هذه المسألة قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ حيث اعتبرها من الثلث[4].

والفرق بين هذ المسألة وبين سائر المسائل: أنه متى مات ساكتاً عن ذكر الوديعة والتوصية بها تصور بصورة خائن، ولكن إنما تحققت الخيانة في آخر جزء من

---

(1) انظر: روضة الطالبين 6/ 327، ومغني المحتاج 3/ 81، وكفاية الأخيار 2/ 8.

(2) في / أ: (ضمانه).

(3) انظر: الأم 7/ 116، 120، ومختصر المزني / 147.

(4) وذلك إذا أقر بها في مرض موته ـ على أحد الطرق التي ذكرها الأصحاب في تصوير هذه المسألة ـ قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «وإذا أقر الرجل في مرضه الذي مات فيه بدين وعليه دين بشهود في صحته وليس له وفاء، فإن أبا حنيفة ـ رضي الله تعالى عنه ـ كان يقول يبدأ بالدين المعروف الذي في صحته، فإن فضل عنهم شيء كان للذين أقر لهم في المرض بالحصص، ألا ترى أنه حين مرض أنه ليس يملك من ماله شيئاً ولا تجوز وصيته فيه لما عليه من الدين، فكذلك إقراره له وبه يأخذ وكان ابن أبي ليلى يقول: «هو مصدق فيما أقر به والذي أقر له في الصحة والمرض سواء». ثم ذكر الشافعي مذهبه فقال: «وإذا كانت على الرجل ديون معروفة من بيوع، أو جنايات أو شيء استهلكه، أو شيء أقر به وهذا كله في الصحة، ثم مرض فأقر بحق لإنسان فذلك كله سواء ويتحاصون معاً لا يقدم واحد على الآخر، ولا يجوز أن يقال فيه إلا هذا والله تعالى أعلم أو أن يقول رجل إذا مرض فإقراره باطل كإقرار المحجور عليه. فأما أن يزعم ـ يقصد أبا حنيفة ـ أن إقراره يلزمه، ثم لا يحاص به غرماؤه فهذا تحكم وذلك أن يبدأ بدين الصحة وإقرار الصحة، فإن كان عليه دين في المرض ببينة حاص، وإن لم يكن ببينة لم يحاص، وإذا فرغ الرجل أهل دين الصحة ودين المرض بالبينة لم تجز له وصية ولم يورث حتى يأخذ هذا حقه فهذا دين مرة يبدأ على المواريث والوصايا، وغير دين إذا صار لا يحاص به» أ. هـ الأم 7/ 120 ـ 121.

أما إذا لم يقر بها في مرض الموت فإن قول أبي حنيفة كقول الشافعي: أنه يحاص الغرماء، وقد نص عليه الشافعي في الأم 7/ 116، 120.

وانظر: قولي أبي حنيفة في: المبسوط 11/ 129، 18/ 26، وشرح فتح القدير 8/ 380، ورؤوس المسائل / 340.

أجزاء حياته، وعلة كونه خائناً في الحكم أن ورثته لا يعلمون الوديعة والإيداع، والموت يقتضي تبديل الملك وتبديل اليد، فصارت اليد للورثة على الوديعة وهي يد تشبه يد الملك ما لم يخبرهم بأنها[1] وديعة، والمودع إذا أبدل اليد وسلم الوديعة إلى غيره تسليماً يشبه الهبة والتمليك صار ضامناً، وهذه صورة[2] هذا الميت.

ولو أوصى بها لتصور بغير هذه الصورة[3]؛ لأن الوارث مع إيصاء[4] المورث[5]، بها[6] لا يستفيد منه يداً تشبه يد الملك[7]؛ فلذلك قلنا: صار ضامناً

(1) في /ج: (بأنه).
(2) في /أ: (الصورة).
(3) في /ج: (فلو أوصى بها يجعلها بين يديه لتصور بغير هذه الصور).
(4) في /ج: (مع ايصال).
(5) في /أ: (الموروث).
(6) (بها) ساقط من /ج.
(7) اختلف الأصحاب في تصوير المسألة التي ذكرها الشافعي على ثلاث طرق:
الطريق الأول: أن صورتها أن يقر المودع عند موته أن فلاناً أودعه وديعة من صفتها كذا وكذا، ثم يموت وتطلب تلك الوديعة في ماله فلا توجد. فإن إقراره يحمل على أنها قد تلفت بتعد منه، فتكون ديناً في ذمته فيحاص صاحب الوديعة سائر الغرماء بماله. وقال هذا القائل: فأما إذا لم يكن أقر عند موته بذلك وإنما ثبتت الوديعة بإقرار الورثة، أو بالبينة، فإنه لا يلزمه الضمان؛ لأن الظاهر أنها تلفت بغير تعد منه.
الطريق الثاني: أن صورتها أن تثبت بغير إقراره أنه أودع وديعة فظلت في ماله، فإن وجدت وجب ردها، وإن لم توجد نظر: فإن كان في ماله من جنس الوديعة وجب الضمان؛ لجواز أن يختلط بما هو من جنسه، ولا يقدم صاحب الوديعة على سائر الغرماء، وإن كان حقه عين مال؛ لجهلنا بأن وديعته في تركة الميت فيحاصهم، وإن لم يكن في التركة من جنس الوديعة فالظاهر أنها تلفت بغير تعد، فلا يضمن المودع شيئاً، ولا يكون للمودع حق.
الطريق الثالث: حمل كلام الشافعي على ظاهره وأنه إذا تلفت الوديعة ضمنها؛ لأنه لا يضمن إذا ثبت أن التلف حصل على غير وجه التعدي، وهاهنا لم يثبت أن التلف حصل على غير وجه التعدي، فوجب الضمان، ويكون المودع بمنزلة سائر الغرماء؛ لأن له ديناً في ذمة الميت، فيحاصهم، كما أن لهم ديوناً في ذمته.
انظر: شرح مختصر المزني.خ. ج 6. ورقة: 271 ـ أ ـ ب، ونهاية المطلب.خ. ج 5. ورقة: 120 ـ ب، وحلية العلماء 5/ 177.

لهذه الوديعة دون سائر الودائع التي لم تتحقق فيها هذه الصفة للمودع، ولا وجه لردها إلى الثلث، كما فعل أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ لأن هذا الأمين إن بقي أميناً غير ملحق بخائن ضامن فالواجب نفي هذا الضمان عنه في الثلث وفي رأس المال، وإن تصوّر بصورة خائن[1] صارت الوديعة ديناً، والديون تؤخذ من رأس المال[2].

مسألة (434): إذا دفع رجل وديعة إلى رجل، وأمره بأن يربطها في كمه، فربطها خارجاً صار ضامناً، وإن ربطها داخلاً لم يصر ضامناً، كذلك[3] قال الشافعي رحمه الله[4].

والفرق بينهما[5]: أنه[6] إذا ربطها داخلاً، فقد صانها وبالغ في حفظها، وإذا ربطها خارجاً، فقد أظهرها،/ وعرضها للناظرين، ثم من[7] أصحابنا من قال: **(210/أ)** معنى الداخل: أن يجعلها بين يديه [وبين جنبيه، ومعنى الخارج: أن يجعلها بين يديه][8] وبين الفضاء. ومنهم من قال: معنى الداخل: أن يجعل وكاءها الذي يسدها به[9] داخلاً، ومعنى الخارج: أن يجعل الوكاء خارجاً؛ لأن خروج الوكاء، كظهور[10] الدراهم[11]، وبطون الوكاء كبطون الدراهم[12].

(1) (خائن) ساقط من / أ.
(2) انظر: مغني المحتاج 3/ 3، ونهاية المحتاج 6/ 6.
(3) (يصر ضامناً كذلك) غير واضحة في / ج.
(4) انظر: مختصر المزني / 147، وشرح مختصر المزني. خ. ج 6 ورقة: 270 ـ ب، والأم 7/ 137، ونهاية المطلب. خ. ج 5 ورقة: 127 ـ أ ـ ب، وتتمة الإبانة خ. ج 7 ورقة: 169 ـ ب.
(5) (والفرق بينهما) ساقط من / ج.
(6) في / ج: (لأنه).
(7) (من) ساقط من / أ.
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(9) (به) ساقط من / أ.
(10) في / ج: (بظهور).
(11) في / أ: (الدرهم).
(12) (كبطون الدراهم) ساقط من / ج.

كتاب قسم الفيء

مسألة (435): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «السلب للقاتل، فلو ضربه ضربة فقدَّ يديه أو رجليه ثم قتله الآخر فسلبه للأول»[1].

وقال ـ في كتاب الجراح ـ: «لو أخاف رجل[2] رجلاً، أو حرق أمعاءه[3]، ثم ضرب آخر عنقه، فالآخر هو القاتل»[4].

والفرق بينهما: أن استحقاق السلب غير محصور[5] في الإزهاق، بل هو مستحق بالاثخان[6] والازمان[7]، كما يستحق بالقتل[8]، فإذا أزمنه الأول بقطع يديه، أو رجليه فكأنه قتله، وإن لم يقتله.

فأما وجوب القود والدية التي هي دية النفس، فذلك مقصود في الإزهاق[9]، وما حصل الإزهاق ممن[10] أخاف وحرق الأمعاء، وإنما حصل الإزهاق من الثاني؛ فلذلك[11] كان الأول جارحاً والثاني قاتلاً.

---

(1) في / أ: (الأول).
وانظر: مختصر المزني / 149، والأم 4/ 142.
(2) في / أ: (رجلاً).
(3) في / أ: (معاه).
(4) انظر: الأم 6/ 82، 7/ 331، ومختصر المزني / 238.
(5) في / ج: (وإنما قال ذلك لأن استحقاق السلب غير محصورة).
(6) في / أ: (بل هو يستحق بالايجاب).
(7) قال الشافعي: «إنما يكون السلب لمن صيره في حال لا يمتنع فيها» أ. هـ. الأم 4/ 142.
(8) انظر: روضة الطالبين 6/ 373، ومغني المحتاج 3/ 101.
(9) في / أ: (على الازهاق).
(10) في / ج: (من).
(11) في / ج: (فلهذا).

ولو كان السلب مقصوراً على القتل لما استحق سلب الأسير من تفرد بالاستيسار[1]،[2]، والصحيح أن الأسير إذا استرقه السلطان اختص مستأسره برقبته[3]؛ لاختصاصه باستيساره[4].

مسألة (436): إذا حضر الفارس الوقعة ومارس شيئاً من الحرب، ثم مات فرسه استحق في الغنائم[5] سهم فارس، ولو مات الفارس بعدما مارس بعض القتال وقبل إحراز الغنائم [لم يثبت له حق في الغنيمة ولا لفرسه[6].

والفرق بين الحالتين: أن الفرس إذا مات قبل إحراز الغنائم][7] فالفارس باقٍ[8] وهو من أهل التمليك حين دخل وقت تملك الغنيمة، وقد أغنى[9] في بعض

---

(1) في /أ: (ولاستيسار)، وفي /ج: (الاستثنا) والصواب ما أثبت.

(2) على أظهر القولين.
القول الثاني: أنه لا يستحق السلب؛ لأنه لم يدفع كل شره.
انظر: روضة الطالبين 6/ 373، ومغني المحتاج 3/ 101.

(3) **والقول الثاني**: أنه لا يختص برقبته. قال النووي: «ويشبه أن يكون الأظهر هنا المنع؛ لأن اسم السلب لا يقع عليه». أ. هـ.
روضة الطالبين 6/ 373 ـ 374، وانظر: مغني المحتاج 3/ 101.

(4) في /أ: (بالاسار).

(5) في /أ: (من الغنائم).

(6) نص الشافعي ـ رحمه الله ـ على هاتين المسألتين. وللأصحاب فيهما طريقان:
الطريق الأول: وهو أصحهما: تقرير النصين، وايجاد الفرق بينهما. وهو ما ذهب إليه المؤلف هنا.
الطريق الثاني: في كل مسألة قولان بالنقل والتخريج.
ووجه الاستحقاق شهود بعض الوقعة، ووجه المنع اعتبار آخر القتال فإنه وقت الظفر.
انظر: الأم 4/ 145، وروضة الطالبين 6/ 378، ومغني المحتاج 3/ 103، ومطالع الدقائق 2/ 284.

(7) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.

(8) في / ج: (باقي).

(9) الغناء: الكفاية والإجزاء. يقال: أغنيت عنك مغنى فلان ومغناته، وأجزأت عنك مجزأ فلان ومجزأته: أي كفايته وبلاءه.
انظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي / 284، والصحاح 6/ 2449، ولسان العرب 15/ 138.

القتال غناء الفارس[1]، وليس يتوقف استحقاق سهم الفارس على إدمان[2] ممارسة القتال، وأما إذا مات الفارس قبل إحراز الغنائم[3] فقد دخل وقت تملك الغنيمة وهو ميت غير موصوف بأنه من أهل التملك[4]، [وما حضر ورثته الوقعة حتى يثبت لهم حق التمليك][5] من غير جهة الإرث؛ فلهذا فصلنا بين المسألتين.

مسألة (437): قال الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ: «لو جاءهم[6] مدد[7] قبل أن تنقضي[8] الحرب، فحضروا منها شيئاً، قل أو كثر[9] شرَّكوهم[10] في الغنيمة، وإن انقضت الحرب ولم يكن للغنيمة[11] مانع لم يُشرّكوهم.

ولو أن قائداً فرق جنده في جهتين[12]، فغنمت إحدى الفرقتين ولم تغنم (210/ب) الأخرى/ شرَّكوهم»[13].

والفرق بين المسألتين: أن المدد ليس هم من جملة الجيش الأول، فلا يشاركوهم[14] فيما انفردوا بمقاساة[15] المشقة في الاستيلاء عليه وإحرازه والدفاع عنه قبل التحاق المدد بهم.

---

(1) في /أ: (فارس):
(2) في /أ: (دمان):
(3) في /ج: (الغنيمة).
(4) في /أ: (التمليك).
(5) ما بين الحاصرتين ساقط من/ ج.
(6) (لو جاءهم) ساقط من /أ.
(7) في /أ: (مد).
(8) في /أ، ج: (قبل تقضى) والمثبت من نص الشافعي في المختصر، والأم.
(9) في /ج: (قلوا أو كثروا).
(10) في /أ: (شركهم).
(11) في /أ: (في الغنيمة).
(12) في /أ: (من جهتين).
(13) انظر: لأم 4/ 146، ومختصر المزني / 150.
(14) في /أ: (ولا يشاركوهم).
(15) في /أ: (بمقاسمة).

وأما القائد إذا فرق جنده طوائف، فكلهم جيش واحد يصدرون عن رأي واحد وراية[1] واحدة مع تقارب[2] الأماكن، والتمكن من الاتحاد[3] عند[4] الاستنجاد، والإعانة عند الاستغاثة، فجعلناهم مع تفرقهم في الأماكن المتقاربة كالمجتمعين في المكان الواحد.

مسألة (438): سهم القربى إذا قسم بين أهله[5]، فللذكر مثل حظ الأنثيين[6]، ولو أوصى رجل لقربى رجل سوينا بين الذكر[7] والأنثى[8]، وكذلك الأقارير المطلقة[9].

والفرق بين المسألتين: مع اتفاق اللفظين ـ أن الله تعالى جعل قرابة رسول الله ـ صلى لله عليه وسلم ـ في ذوي القربى[10]؛ تعليلاً لعطائهم واستحقاقهم[11]، لا تعريفاً، فصارت القرابة في استحقاق [ذلك السهم علة، كما صارت القرابة في

(1) في / أ: (وأراية).
(2) في / ج: (مع تفاوت).
(3) في / أ: (مع الاتحاد).
(4) في / أ: (عن).
(5) في / أ: (بين أهل التسعب).
(6) وقال المزني: يسوى بينهما.
انظر: مختصر المزني / 150، وروضة الطالبين 6/ 355 ـ 356، وشرح مختصر المزني.خ. ج 6. ورقة: 288 ـ ب ـ 289 ـ أ.
(7) في / أ: (سوا ما بين الذكر).
(8) انظر: مغنى المحتاج 3/ 64، ونهاية المحتاج 6/ 83، وشرح مختصر المزني.خ. ج 6 ورقة: 289 ـ أ.
(9) انظر: الأم 4/ 239، وروضة الطالبين 4/ 357 ـ 358، ومغني المحتاج 23/ 142 ـ 241.
(10) قال تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ۚ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ ﴿٧﴾﴾ الحشر.
(11) في / ج: (ولستحقاقهم).

استحقاق][1] المواريث علة[2]، والمواريث تقسم على المفاضلة[3]، فكذلك سهم القربى، وأما الموصي إذا قال: أوصيت لقرابة فلان: فقد ذكر قرابتهم على وجه التعريف[4] والتمييز، لا على وجه التعليل، فاستفيد التمييز بالتعريف[5]، وصار المال[6] مضافاً إليهم بمطلق اللفظ من غير تعليل، وذلك يقتضي التسوية.

فإن قال قائل: أليس قد قال الشافعي ـ رحمه الله في كتاب قسمة الصدقات ـ: «يمضي عطاء الله تعالى على ما يمضي عليه عطاء الآدميين»[7]؟ فكيف فصلتم هاهنا[8] بين العطائين في القسمة واللفظ واحد؟.

قلنا: إنما قال الشافعي ـ رحمه الله ـ ذلك في مقصود مخصوص، وذلك أنه قال: «لا يجوز أن يصرف سهم[9] صنف من الأصناف الثمانية إلى صنف آخر، كما لو أوصى رجل بثلثه؛ لفقراء بني فلان[10] وغارمي بني فلان[11] ـ رجل آخر ـ، [وبني سبيل بني فلان ـ رجل آخر][12] ـ إن كل صنف من هؤلاء يعطون من ثلثه، وليس لوصي، ولا وال[13] أن يعطي الثلث صنفاً دون صنف، وإن كان أفقر وأحوج من صنف[14]؛ لأن[15] كلا ذو حق بما

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(2) (علة) ساقط من / ج.
(3) لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ النساء جزء من آية (11).
(4) في / أ: (على وجه التعريض).
(5) فاستفيد التمييز بالتعريف) ساقط من / ج.
(6) في / أ: (الما).
(7) انظر: مختصر المزني/ 161، والأم 2/ 90.
(8) في / ج: (أهلها).
(9) في / ج: (بينهم).
(10) في / أ: (للفقراء أي للفقراء بني فلان).
(11) (وغارمي بني فلان) ساقط من / أ.
(12) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(13) في / أ: (وليس للوصي ولا لوالٍ).
(14) (وإن كان أفقر وأحوج من صنف) ساقط من / أ.
(15) في / أ: (وأن).

سمي له[1]، فإذا كان هكذا عندنا، وعند قائل هذا القول ـ يعني أبا حنيفة[2]ـ فما أعطى الآدميون لا يجوز[3] أن يمضي إلا على ما أعطوا[4]، [فعطاء الله تعالى أحق أن لا يجوز أن يمضي إلا على ما أعطى][5]، هذا لفظه[6].

فمقصوده أن الوصي إذا ذكر أصنافاً معدودة[7] وجب مراعاة عددهم. فأما ما نحن فيه من هاتين/ المسألتين، فليس هو نظير ذلك الكلام؛ لأن إحدى المسألتين (211/أ) مسألة تعليل، والأخرى مسألة تعريف، والأصناف هناك في العطائين سواء في التعليل والتعريف.

مسألة **(439)**: مال الجزية إذا وجب[8] بانقضاء حولها، فمات رجل من المرتزقة[9]، ثم صارت الجزية إلى الإمام[10]، فلا حق للميت[11].

ولو صارت الجزية إلى الإمام[12]، ثم مات بعض المرتزقة، فحقه ثابت لورثته ميراثاً لهم منه[13].

---

(1) في /أ: (أنه).
(2) في /أ: أبو حنيفة).
(3) في /أ: (الآمنون لا محزر).
(4) في /أ: (إلا بما أعطوا).
(5) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(6) في /أ: (هذا اللفظ).
وانظر: مختصر المزني/ 161، والأم 2/ 90.
وانظر: قول أبي حنيفة في المبسوط 27/ 159.
(7) في /أ: (معدوداً).
(8) في /أ: (وجبت).
(9) المرتزقة: الأجناد المرصدون للجهاد بتعيين الإمام لهم، سموا مرتزقة؛ لأنهم أرصدوا أنفسهم للذب عن الدين وطلبوا الرزق من مال الله.
انظر: مغني المحتاج 3/ 95، ونهاية المحتاج 6/ 139.
(10) في /أ: (للإمام).
(11) انظر: الأم 4/ 156، ومختصرالمزني/ 152، وروضة الطالبين 6/ 364.
(12) في /أ: (للإمام).
(13) انظر: الأم 4/ 156، ومختصر المزني/ 152، وروضة الطالبين 6/ 364.

والفرق بين المسألتين: أن الموت إذا سبق وصول المال إلى الوالي، فالموت سابق للملك؛ لأن ذلك المال إنما يصير مملوكاً بعينه عند وصوله إلى يد الوالي، وإذا مات بعد الوصول، فقد صار المال الواصل إلى الوالي ملكاً للمرتزقة؛ لأن يده يدهم، وإنما بقيت القسمة، والقسمة لا تملكهم شيئاً لم يملكوه قبلها، وإنما يتعين الحق بالقسمة؛ فلهذا فصلنا بين الحالتين[1]. والله أعلم.

مسألة (440): الوالي إذا أراد قسمة[2] الفيء بين المرتزقة، فقد اختار[3]الشافعي - رحمه الله - التسوية بينهم، وهو مذهب أمير المؤمنين أبي بكر الصديق وعلي ابن أبي طالب رضي الله عنهما[4]، بدليل ما روي أن عمر - رضي الله عنه - قال لأبي بكر الصديق: أتجعل الذين جاهدوا في سبيل الله[5] بأموالهم وأنفسهم وهجروا ديارهم[6] كمن دخل في الإسلام كرهاً؟ فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه -: إنما عملوا لله، وإنما أجورهم على الله وإنما الدنيا بلاغ[7].

---

(1) في / أ: (الحالين).
(2) في / ج: (قسم).
(3) في / ج: (فاختيار).
(4) قال الشافعي في الأم 4/ 154 - 155: «فمنهم من قال أساوي بين الناس ولا أفضل على نسب ولا سابقة وإن أبا بكر حين قال له عمر: أتجعل الذين جاهدوا في الله بأموالهم وأنفسهم وهجروا ديارهم له كمن إنما دخل في الإسلام كرهاً؟ فقال أبو بكر: إنما عملوا لله وإنما أجورهم على الله عز وجل وإنما الدنيا بلاغ وخير البلاغ أوسعه، وسوى علي بن أبي طالب كرم الله تعالى وجهه بين الناس فلم يفضل أحداً علمناه، وهذا الذي اختار وأسأل الله التوفيق» أ. هـ.
وانظر: مختصر المزني / 152.
(5) في / أ: (في سبيل الله).
(6) في / ج: (من ديارهم).
(7) أخرجه الشافعي في الأم 4/ 155، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب «قسم الفيء والغنيمة» باب «التسوية بين الناس في القسمة» 6/ 348.
وانظر: تلخيص الحبير 3/ 107.

وإذا أراد الوالي قسم الصدقات بين الأصناف فالتسوية[1] غير مأخوذة عليه فيهم[2].

والفرق بين المالين: أن الصدقة مستحقة لعلل مختلفة، منها: الفقر، والمسكنة: ومنها: الغرم، وغير ذلك، ومراتب هذه[3] الحاجات مختلفة في المحتاجين، وكذلك مراتب[4] عطاياهم يجوز أن تكون مختلفة على حسب اختلاف معانيهم، فأما مال الفيء فإن أهله ما[5] استحقوه للحاجة؛ لأن غنيهم وفقيرهم[6] فيه سواء، وإنما استحقوه بأن كتبوا[7] أسماءهم[8] في ديوان الفيء، وأرصدوا أنفسهم للجهاد، واستووا في هذه العلة وإن تباينوا[9] في سائر الفضائل، وليست الفضائل التي تباينوا[10] فيها علة[11]، لاستحقاق هذا المال، ومنزلتهم بعد ما كتبوا أسماءهم[12] منزلة الغانمين في حضور الوقعة، يستوون في مقدار الغنيمة لا يفضل بعضهم على بعض إذا كانوا جميعاً فرساناً، أو كانوا رجالة، وإن كان بعضهم

---

(1) في /أ: (بين التصويف والتسوية).

(2) التسوية بين الأصناف الثمانية واجب فإن وجدت وجب لكل صنف ثمن وإن وجد خمسة وجب لكل صنف خمس ولا يجوز تفضيل صنف على صنف بلا خلاف كما قال النووي.
أما التسوية بين آحاد الصنف فليست واجبة.
انظر: المجموع 6/216 ـ 217، ومغني المحتاج 3/117 ـ 118، ونهاية المحتاج 6/166 ـ 167.

(3) في /أ: (هذا).

(4) (مراتب) غير واضحة في /ج.

(5) (ما) ساقط من /أ.

(6) (وفقيرهم فيه) غير واضحة في /ج.

(7) في /أ: (يكتبوا).

(8) في /ج: (أساميهم).

(9) (تباينوا) غير واضحة في /ج.

(10) في /أ: (ساوو).

(11) في /أ: (عليه).

(12) في /ج: (أساميهم).

أعظم غناء وشهامة[1] من بعض[2]، فالمبارز[3]،[الذي تكون الفتوح على يده والساكن الحاضر الواقف][4] سواء في مقدار الاستحقاق[5] إلا أن ينفرد بقتل مشرك فينفرد باستحقاق سلبه[6]. والله أعلم.

(211/ب) /**مسألة (441)**: سهم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ بعده[7] مرصد لوجوه المصالح[8] المعلومة، فإن تكاملت تلك المصالح[9] وفضلت[10] فضلة من السهم[11] تركناها موضوعة في بيت المال إلى أن يحتاج إليها في المصالح[12]، وأما أربعة أخماس الفيء إذا حصلت في بيت المال وأعطينا المرتزقة عطاياهم وفضلت فضلة رددنا تلك الفضلة عليهم[13] وإن كثرت، ولا نضعها في بيت المال[14].

---

(1) شهم الرجل شهامة وشهومة: إذا كان ذكياً، فهو شهم، أي: جلد.
انظر: لسان العرب 12/ 328، والصحاح 5/ 1963.

(2) في /أ: (في بعض).

(3) في / جـ: (فالمبارزة).

(4) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(5) انظر: الأم 4/ 155، ومختصر المزني / 152، وروضة الطالبين 6/ 377، 383، ومغني المحتاج 3/ 102.

(6) لقول النبي ـ ﷺ ـ: «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه» رواه البخاري ومسلم.
انظر: مغني المحتاج 3/ 99، ونهاية المحتاج 6/ 144، وصحيح البخاري كتاب «الجهاد والسير» باب «من لم يخمس الأسلاب ومن قتل قتيلاً فله سلبه» حديث (49)، ومسلم كتاب «الجهاد والسير» باب «استحقاق القاتل سلب القتيل» حديث (1751).

(7) في /جـ: (معد).

(8) في /أ: (من المصالح).

(9) (فإن تكاملت تلك المصالح) ساقط من /جـ.

(10) في /جـ: (فإذا فضلت).

(11) (من السهم) ساقط من /جـ.

(12) في /جـ: (إلى أن تحتاج إليها المصالح).
وانظر: الأم 4/ 147، ومختصر المزني/ 150، وروضة الطالبين 6/ 355.

(13) في /أ: (عنهم).

(14) انظر: الأم 4/ 156، ومختصر المزني / 152، وروضة الطالبين 6/ 365.

والفرق بين المالين: أن أربعة أخماس المال ـ أي[1] الفيء ـ هو[2] ملك المرتزقة، وما كان ذلك ملك النبي ـ صلّى الله عليه وسلّم ـ أيام حياته، فيجب صرف ملكهم إليهم قليلاً كان أو كثيراً، ولا وجه لوضعه في بيت المال والملاك متعينون[3] وليس استحقاقهم للفقر حتى يراعى مقدار سدّ الخلة، وأما سهم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فليس له مالك معين، بل هو مرصد للمصالح[4]، فإذا تكاملت المصالح وجب إعداد الفضلة لمستقبل المصالح.

وللشافعي ـ رحمه الله ـ قول آخر في أربعة أخماس الفيء[5]: أنه يعطى[6] منها المرتزقة، ويصرف بعضها إلى المصالح[7]، كما يصرف سهم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ إلى المصالح[8].

فعلى هذا القول: إذا أعطينا المرتزقة عطاءهم وفضلت[9] فضلة كان الكلام في ذلك الفاضل، كالكلام[10] في سهم النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ يوضع[11] في بيت المال ليصرف إلى الأهم فالأهم من مصالح المسلمين[12].



(1) (المال أي) ساقط من / ج.
(2) (هو) ساقط من / ج.
(3) في / أ: (ينتفعون).
(4) في / ج: (لصالح المسلمين).
(5) في / أ: (في الأربعة الأخماس).
(6) في / أ: (أما أن يعطي).
(7) في / أ: (في المصالح).
(8) انظر: الأم 4/ 140، ومختصر المزني/ 148، وحلية العلماء 7/ 691، والمهذب 2/ 248.
(9) في / أ: (وفضل).
(10) (في ذلك الفاضل كالكلام) ساقط من / ج.
(11) في / ج: (حتى يوضع).
(12) ولا يفرق الفاضل على المرتزقة.
انظر: روضة الطالبين 6/ 365 ـ 366، وشرح مختصر المزني. خ. ج 6. ورقة: 293 ـ أ.

كتاب قسم الصدقات

مسألة (442): قسم الله تعالى الصدقات المفروضات للأصناف الثمانية فقال[1] تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَٰرِمِينَ وَفِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾[2]. قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ثم وكدها وشدَّدها، فقال تعالى: ﴿فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ﴾[3] فلو أنا وجدنا بعض الأنصاف الثمانية، وفقدنا بعضهم لم نصرف نصيب المفقودين[4] إلى أرباب الأموال، بل نقسمه على الأصناف الموجودة»[5].

ولو أوصى رجل [لهذه الأصناف الثمانية بمال، فوجدنا بعضهم وفقدنا البعض صرفنا نصيب المفقودين إلى الورثة، وكذلك ـ أيضاً ـ لو أوصى رجل][6] لرجل بوصية، فلم تقبل ارتدت الوصية ميراثاً[7].

والفرق بين الحالين: أن الحول إذا حال أوجب الله ـ تعالى ـ مقداراً معلوماً[8] من الزكاة في مقدار معلوم من المال، ومصرفه[9] ما ذكره الله تعالى من أهل السهمان[10]، وذلك على جهة القربة المفروضة.

فلو قلنا: يرجع بعض زكاة المال إليه بطل معنى القربة والعبادة في المقدار

(1) في /أ: (قال).
(2) وتمام الآية: ﴿فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ التوبة: آية (60).
(3) انظر: الأم 2/ 71، ومختصر المزني / 155.
(4) في /أ: (المفقود).
(5) انظر: الأم 2/ 83، والمجموع 6/ 219، ومغني المحتاج 3/ 117-118.
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(7) انظر: مغني المحتاج 3/ 117، والمجموع 6/ 219.
(8) في /أ: (وجب لله مقدار معلوم).
(9) في /أ: (وصرفه).
(10) في /أ: (في السهام).

(212/أ) الراجع إليه، فلهذا قلنا: لو لم نجد من الأصناف إلا صنفاً واحداً / صرفنا جميع الزكاة إلى ذلك الصنف[1].

ألا ترى أن الأصناف بجملتهم لو كانوا مفقودين وجب حفظ الزكاة إلى وقت وجود الأصناف، لندفعها[2] إليهم، ولا تنقلب الزكاة ملكاً لأرباب الأموال[3].

وأما إذا أوصى للأصناف بوصية، فإنما ذلك هبة[4] منه، ومقدار الهبة لكل صنف معلوم، فإذا لم يوجد بعضهم، أورد بعضهم الوصية لم تتم الهبة في حق من لم يوجد وحق من لم يقبل، والوصية إذا تعذر مصرفها كان للورثة مصرف التركة[5]، ولهذا قلنا: لو أنهم بجملتهم ردوا وصاياهم عاد جميع تلك الوصايا ميراثاً للورثة[6].

مسألة (443): الخليفة أو أمير الإقليم العظيم الذي يأمر بأخذ الصدقة لا يكون ساعياً، فليس[7] له في سهم العاملين نصيب[8]، وأما من تولى الصدقات فسهم العاملين له وإن لم يباشر بنفسه قبضها[9].

والفرق بين الشخصين: أن قيام الخليفة بالأمر غير مختص بشأن الصدقات، وإنما قام وانتصب للأمور على العموم يجريها مجراها[10]، والصدقات

(1) انظر: المجموع 6/ 219، وروضة الطالبين 2/ 329.
(2) في /أ: (لدفعها).
(3) انظر: المرجعين السابقين.
(4) في /أ: (هو هبة).
(5) في /أ: (كان الورثة مصرفاً للتركة).
(6) انظر: المجموع 6/ 219.
(7) في /ج: (وليس).
(8) انظر: الأم 2/ 84، ومختصر المزني/ 156.
(9) يدخل في اسم العامل الحاسب والكاتب، والجابي، والقسام، وحافظ المال، والحاشر، وهو: الذي يجمع أرباب الأموال، وكذلك يعطى العريف، وهو: الذي يعرّف الساعي أهل الصدقات إذا لم يعرفهم.
انظر: المجموع 6/ 188، وروضة الطالبين 2/ 313، ومغني المحتاج 3/ 108-109.
(10) في /أ: (ويجريها مجرها).

واحد[1] منها، فأما الساعي فإنه قام بأمر الصدقات على الاختصاص، فإن استناب في الاستيفاء، فذلك فعله وكفايته[2]، والعمل منسوب إليه على التخصيص والاختصاص، وهو منصوب له؛ ولهذا روي عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أنه شرب لبناً فأعجبه فأخبر أنه من نعم الصدقة فأدخل إصبعه[3] في فيه[4] فاستقاء[5] ولو كان للخليفة[6] حق على الاختصاص في سهم العاملين لأشبه[7] أن لا يفعل ذلك.

مسألة (444): أعطى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ صفوان بن أمية[8] مائة[9] من الإبل، وذلك[10] من غنائم هوازن[11] التي قسمها

(1) في /أ: (واحدة).
(2) في /أ: (وكفاته).
(3) في /أ: (اصبعيه).
(4) (في فيه): ساقط من/ أ.
(5) في/ ج: (واستقاء).
والأثر أخرجه الشافعي في الأم 2/ 84، ومالك في الموطأ كتاب «الزكاة» باب «ما جاء في أخذ الصدقات والتشديد فيها» حديث (31)، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب «الصدقات» باب «الخليفة ووالي الإقليم العظيم الذي لا يلي قبض الصدقة. .» 7/ 14.
(6) في /أ: (الخليفة).
(7) في /أ: (والأشبه).
(8) هو الصحابي صفوان بن أمية بن خلف بن وهب بن حذافة بن جمح القرشي المكي، يكنى: أبا وهب. وقيل: أبو أمية، قتل أبوه أمية بن خلف يوم بدر كافراً، أسلم بعد أن شهد حنيناً مع النبي ﷺ كافراً وشهد اليرموك، مات بمكة سنة اثنتين وأربعين أول خلافة معاوية. وقيل: مات في خلافة عثمان. وقيل عام الجمل سنة ست وثلاثين.
انظر: أسد الغابة 3/ 22-23، وتهذيب الأسماء واللغات 1/ 249، والبداية والنهاية 8/ 24.
(9) (مائة) ساقط من /أ.
(10) (وذلك) ساقط من /أ.
(11) وتسمى هذه الغزوة: غزوة هوازن؛ لأنهم الذين أتوا لقتال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ، وتسمى بغزوة حنين، وغزوة أوطاس. وهما واديان بين مكة والطائف فسميت باسم مكانها. وقعت سنة ثمان بعد الفتح.
انظر: زاد المعاد 3/ 465، والسيرة النبوية 4/ 60، والبداية والنهاية 4/ 321، ومعجم البلدان 1/ 281، 2/ 313، وتهذيب الأسماء واللغات 3/ 19، 86.

بالجعرانة[1] بعد منصرفه من الطائف، يتألفه بذلك على الإسلام[2]، وكان أمهله رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أربعة أشهر لما استمهله شهرين[3]،

(1) وهي ماء بين الطائف ومكة، وهي إلى مكة أقرب، نزلها النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ، لما قسم غنائم هوازن مرجعه من غزاة حنين وأحرم منها صلى الله عليه وسلم، وله فيها مسجد، وبها بئار متقاربة. انظر: معجم البلدان 2/ 142، ومراصد الاطلاع 1/ 336.

(2) روى مسلم عن محمد بن أبي عمر المكي عن سفيان عن عمر بن سعيد بن مسروق عن أبيه، عن عباية بن رفاعة عن رافع بن خديج، قال: «أعطى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أبا سفيان بن حرب، وصفوان بن أمية، وعيينة بن حصن، والأقرع بن حابس كل إنسان منهم مائة من الإبل». ورواه مسلم من طريق آخر عن أحمد بن عمرو بن سرح، عن عبدالله ابن وهب، وعن يونس، عن ابن شهاب قال: غزا رسول لله ـ صلى الله عليه وسلم ـ بمن معه من المسلمين فاقتتلوا بحنين، فنصر الله دينه والمسلمين، وأعطى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يومئذٍ صفوان بن أمية مائة من النعم، ثم مائة، ثم مائة.
قال ابن شهاب: حدثني سعيد بن المسيب: أن صفوان قال: والله! لقد أعطاني رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ما أعطاني وإنه لا يغض الناس إليّ فما برح يعطيني حتى إنه لأحب الناس إليّ ورواه البيهقي بهذين اللفظين.
ورواه الترمذي بلفظ: «عن صفوان بن أمية قال أعطاني رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يوم حنين، وإنه لأبغض الخلق إليّ، فما زال يعطيني حتى إنه لأحب الخلق إليّ».
انظر: صحيح مسلم كتاب «الزكاة» باب «إعطاء المؤلفة قلوبهم على الإسلام..» حديث (1060) وكتاب «الفضائل» باب «ما سئل رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ شيئاً قط فقال: لا. وكثرة عطائه» حديث (2313)، وسنن البيهقي كتاب «الصدقات» باب «من يعطى من المؤلفة قلوبهم من سهم المصالح خمس الفيء والغنيمة...» وباب «من يعطى من المؤلفة قلوبهم من سهم المصالح رجاء أن يسلم» 7/ 17-19، وسنن الترمذي كتاب «الزكاة» باب «إعطاء المؤلفة قلوبهم» حديث (669).

(3) فر صفوان بن أمية بعد الفتح، فاستأمن له عمير بن وهب الجمحي رسول الله ـ ﷺ ـ فأمنه وأعطاه عمامته التي دخل بها مكة. وقيل: رداءه، فخرج بها عمير حتى أدركه وهو يريد أن يركب البحر فرجع معه حتى وقف به على رسول الله ـ ﷺ ـ فقال صفوان: إن هذا يزعم أنك أمنتني على أن لي مسيرة شهرين. فقال رسول الله ـ ﷺ ـ أنزل أبا وهب، فقال: لا حتى تبين لي، فقال رسول الله ـ ﷺ ـ: إنزل ولك مسيرة أربعة أشهر. فنزل وسار مع رسول الله ـ ﷺ ـ إلى حنين.
انظر: أسد الغابة 3/ 22، والسيرة النبوية 4/ 44-45، وزاد المعاد 3/ 413، والبداية والنهاية 8/ 24.

قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في قول[1] له ـ: «لا يعطى أحد اليوم على هذا المعنى»[2].

والفرق بين الزمانين: أن ذلك المال الذي أعطاه النبي ـ ﷺ ـ أرباب[3] الناس من غنائم أوطاس كان خاصة[4] ملكه، وهو سهمه من الغنائم[5]، والمالك إذا تصرف في ملكه كان تصرفه على مراده بالشرع، فأما الإمام إذا أراد اليوم أن يتصرف في سهم النبي ـ ﷺ ـ فليس هو بمالك[6] لذلك السهم، وإنما يتصرف على جهة المصلحة، وليس من المصلحة[7] إعطاء من لم يعطه/ الخلفاء الراشدون[8] ـ رضي الله عنهم ـ بعد النبي ﷺ. وقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: لم يبلغنا أن أحداً من الخلفاء الراشدين[9] أعطى أحداً بعد النبي ـ ﷺ ـ على هذا المعنى[10]. (212/ب)

مسألة[11] (445): سهم المؤلفة من الصدقات لا يوضع في[12] مشرك[13]، وإنما

---

(1) في /أ: (في قوله).

(2) وهو أصح القولين.
والقول الثاني: إنهم يعطون، للحديث.
انظر: مختصر المزني / 156، والأم 2/ 85، والمجموع 6/ 198، وروضة الطالبين 2/ 313-314.

(3) (أرباب) ساقط من /أ.
والأرباب: الأسياد.
انظر: لسان العرب 1/ 399، والمصباح المنير / 214.

(4) في /أ: (خاص).

(5) في /أ: (في الغنائم).

(6) في /أ: (مالك).

(7) (وليس من المصلحة) ساقط من /أ.

(8) في /أ: (الراشدين).

(9) (الراشدين) ساقط من /ج.

(10) انظر: الأم 2/ 85، ومختصر المزني / 157.

(11) (مسألة) ساقط من /أ.

(12) في /ج: (من).

(13) بلا خلاف.
انظر: المجموع 6/ 198، وروضة الطالبين 2/ 314، ومغني المحتاج 3/ 109.

يوضع فيمن أسلم ولم يستقر الإسلام في قلبه إن دعت الحاجة إلى إعطائه ورأى[1] الإمام ذلك بالاجتهاد، وكذلك يعطى منه من كان شريفاً في قومه ليتألفهم[2] [3]، فلو جاء[4] رجل وادعى أنه شريف[5]، [في قومه وطلب الصدقة من سهم المؤلفة، فليس للوالي أن يعطيه حتى يقيم البينة على أنه شريف مطاع[6]][7].

ولو جاء رجل وقال: إني من المؤلفة الذين لم يستقر الإسلام في قلوبهم أعطاه[8] بلا بينة[9].

والفرق بينهما في المطالبة[10] بالبينة في أحدهما دون الآخر: أن أحدهما قد[11] اعترف على نفسه بأن الإسلام لم يستقر في قلبه، ولولا خبث سريرته[12] لما[13] استجاز[14] هذا الاعتراف، والبينة إنما يفتقر إليها عند الإشكال[15] والاحتمال،

---

(1) في /أ: (وروى).
(2) في /أ: (لسالفهم) وساقط من /ج. والصواب ما أثبت.
(3) وهو المذهب في هذين القسمين.
والقول الثاني: إنهم لا يعطون؛ لأن الله تعالى قد أعز الإسلام وأغنى عن التأليف بالمال.
القول الثالث: إنهم يعطون من خمس الخمس؛ لأنه مرصد للمصالح، وهذا منها.
انظر: مغني المحتاج 3/ 109، والمجموع 6/ 199، وروضة الطالبين 2/ 314.
(4) في /ج: (ولو جاء).
(5) في /أ: (أنه شريف من كان).
(6) انظر: المجموع 6/ 200، وروضة الطالبين 2/ 323، ومغني المحتاج 3/ 109.
(7) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(8) في /أ: (أعطاهم).
(9) انظر: روضة الطالبين 2/ 323، والمجموع 6/ 200، والتلخيص. خ. ورقة: 67 ـ ب.
(10) في /أ: (في الملاطفة).
(11) (قد) ساقط من /أ.
(12) في /أ: (سريره).
(13) في /ج: (وإلا لما).
(14) في /أ: (استخار).
(15) في /ج: /للاشكال).

أما[1] من ادعى من المسلمين أنه شريف مطاع فربما يصدق وربما يكذب فلا يجوز للوالي أن يعطيه شيئاً ما لم يقم البينة على[2] أنه مطاع؛ لأن المقصود من دفع هذا المال إليه أن يتألف[3] قومه ليكونوا مدداً لجيش الإسلام إذا استمدوهم؛ ولهذا المعنى أعطى أمير المؤمنين أبو بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ عدي بن حاتم[4] ثلاثين بعيراً من[5] الثلاثمائة[6] التي قدم بها على أبي بكر الصديق[7] من صدقات قومه زمان الردة، وأمره أن يلتحق بخالد بن الوليد[8] مع من أطاعه من قومه، فالتحق به ومعه زهاء[9] ألف رجل من قومه، وأبلى في قتال الردة بلاء حسناً

(1) في /ج: (وأما).

(2) (على) ساقط من/ ج.

(3) في /أ: (أنه سالف).

(4) هو الصحابي الجليل عدي بن حاتم بن عبدالله بن سعد بن الحشرج بن امرؤ القيس الطائي، أبوه حاتم الطائي المشهور بالجود والكرم. يكنى عدي: أبا طريف، وقيل: أبو وهب. قدم على النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ في شعبان سنة تسع من الهجرة فأسلم وكان نصرانياً، ولما توفي النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قدم على أبي بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ في وقت الردة بصدقة قومه وثبت على الإسلام وثبت معه قومه فلم يرتدوا فيمن ارتد من العرب، شهد مع علي ـ رضي الله عنه ـ الجمل ثم صفين، وشهد فتوح العراق في زمن عمر بن الخطاب، مات بالكوفة سنة تسع وستين، وقيل سنة ثمان وهو ابن مائة وعشرين سنة، وله في كتب الحديث ستة وستون حديثاً.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات 1/ 327، وأسد الغابة 3/ 392، والبداية والنهاية 8/ 298.

(5) (من) ساقط من /أ.

(6) في /ج: (الثمان مائة).

(7) (الصديق) ساقط من /أ.

(8) سبق التعريف به في جـ1 ص 669.
انظر: القسم الأول من الكتاب.

(9) في /ج: (رهط) والمثبت من /أ موافق لما في الأثر، وأيضاً فإن الرهط لا يصح مع ما ذكر بعده من العدد، لأن الرهط يطلق على ما دون العشرة من الرجال. وقيل: إلى الأربعين.
انظر: الصحاح 3/ 1128، ولسان العرب 7/ 305-306.

رضي الله عنه[1].

مسألة (446): من طلب من سهم الغارمين نصيباً لم يعط حتى يقيم[2] البينة على ما لزمه من الغرم[3]، وكذلك المكاتب[4] لا يعطى حتى يقيم[5] البينة على الكتابة[6]، وأما من طلب نصيباً[7] من سهم ابن السبيل، أو من سهم سبيل الله[8] فإنه يعطى ولا يطالب بالبينة[9].

وإنما كان كذلك؛ لأن ابن السبيل يطلب ما يطلب للشخوص[10] المستقبل وذلك مما يستحيل إقامة البينة عليه، وكذلك ـ أيضاً ـ الغازي[11] إذا أراد الشخوص، فإقامة البينة على ما يريده[12] محال، وأما المكاتب والغارم[13] فليسا[14] كذلك؛ لأنهما يدعيان[15] معنى سابقاً وهو: الغرم أو الكتابة، ولا

(1) أخرجه الشافعي في الأم 2/ 75، 85، وقال: «ولعل أبا بكر أعطاه من سهم المؤلفة إن كان هذا ثابتاً، فإني لا أعرفه من وجه يثبته أهل الحديث وهو من حديث ينسب إلى بعض أهل العلم بالردة» أ. هـ.
وأخرجه البيهقي في كتاب «الصدقات» باب «من يعطى من المؤلفة قلوبهم من سهم الصدقات» 7/ 19.
(2) في /أ: (يقم).
(3) انظر: المجموع 6/ 203، 209، روضة الطالبين 2/ 323، ومغني المحتاج 3/ 114.
(4) في /أ: (المكاتبين).
(5) في /أ: (يقم).
(6) انظر: المراجع السابقة.
(7) (نصيباً) ساقط من /ج.
(8) في /أ: (أو سهم سبيل الله).
(9) انظر: المجموع 6/ 203، ومغني المحتاج 3/ 113، روضة الطالبين 2/ 323.
(10) الشخوص: السير من بلد إلى بلد.
انظر: لسان العرب 7/ 46، والصحاح 3/ 1043.
(11) في /ج: (وكذلك الغازي أيضاً).
(12) في /أ: (على ما يريد).
(13) في /أ: (في الغارم).
(14) في /أ: (فليس).
(15) في /أ: (يرعيان).

يتعذر اقامة البينة على كل واحد منهما، وأصل الناس أنهم غير[1] غارمين، ولا مكاتبين؛ ولهذا روي أن رجلين دخلا على النبي - ﷺ - يسألان من الصدقة، فنظر إليهما رسول الله - ﷺ - فصعد النظر وصوب ثم قال: «إن[2] شئتما[3] أعطيتكما[4] ولا حظ[5] فيها لغني ولا لذي[6] مرة مكتسب[7]». فدل ذلك على أن/ من[8] ادعى أنه فقير أو مسكين[9] جاز أن نعطيه من غير إقامة البينة[10] على الفقر والمسكنة، إذا دلت ظواهره على باطن حاله[11]، ولو توقف (213/أ)

---

(1) (غير) ساقط من / ج.
(2) (ان) ساقط من / أ.
(3) في / ج: (شبتكما).
(4) (أعطيتكما) ساقط من / أ.
(5) في (أ: (فلاحظ).
(6) في /أ: (ولا ذي).
(7) أخرجه الشافعي في الأم 2/ 73، وأبو داود، في كتاب «الزكاة» باب «من يعطى من الصدقة وحد الغني» حديث (1633)، والنسائي في كتاب «الزكاة» باب «مسألة القوي المكتسب» حديث (2435)، وأحمد في المسند 4/ 224، وقال: ما أجوده من حديث، وأخرجوه جميعاً من حديث عبدالله بن عدي، ولفظ الشافعي والنسائي: «إن شئتما ولا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب» ولفظ «أبي داود وأحمد» إن شئتما أعطيتكما ولا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب». فتبين بهذا أن قوله: «ولا لذي مرة» ليس في هذا المتن، وإنما ورد في حديث آخر رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة بلفظ: «لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوى»، وفي لفظ لأبي داود: «ولا لذي مرة قوي».
انظر: سنن أبي داود كتاب «الزكاة» باب «من يعطى من الصدقة وحد الغني» حديث 1634، وسنن السنائي كتاب «الزكاة» باب «إذا لم يكن له دراهم وكان له عدلها» حديث (2434)، وسنن ابن ماجة كتاب «الزكاة» باب «من سأل عن ظهر غني» حديث (1839)، وتلخيص الحبير 3/ 108.
(8) (من) ساقط من / أ.
(9) في / أ: (أنه فقيراً أو مسكيناً).
(10) في / أ: (بينة).
(11) انظر: مغني المحتاج 3/ 113، وروضة الطالبين 2/ 322، والمجموع 6/ 203.

في دفع[1] الفرض إليه على إقامة البينة[2] كان ذلك أحوط[3]، لما روي أن[4] النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لما جاءه قبيصة بن المخارق[5] يطلب شيئاً من الصدقات[6] لحمالة تحملها، قال له رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «نؤديها عنك[7] إذا قدمت نعم الصدقة، يا قبيصة المسألة حرمت إلا في ثلاثة[8]: رجل تحمل بحمالة فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم يمسك، ورجل أصابته[9] فاقة، أو حاجة حتى يشهد، أو يتكلم ثلاثة من ذوي الحِجَى[10] من أهله[11] أن به[12] فاقة أو حاجة فحلت له المسألة[13] حتى يصيب سداداً[14] من عيش، أو قواماً من عيش، ثم يمسك، ورجل أصابته[15] جائحة واجتاحت ماله فحلت له الصدقة حتى يصيب سداداً من عيش، أو قواماً من عيش، ثم يمسك. وما سوى ذلك من المسألة[16]

---

(1) في / أ: (ولو توقفت ودفع).
(2) في / ج: (على قيام البينة).
(3) في / أ: (أحفظ).
(4) (أن) ساقط من / أ.
(5) هو الصحابي قبيصة بن المخارق بن عبدالله بن شداد العامري الهلالي البصري. يكنى أبا بشر، وفد على النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فأسلم، وروى عنه ستة أحاديث.
انظر: أسد الغابة 4/ 192، وتهذيب الأسماء واللغات 2/ 56.
(6) في / أ: (من الصدقة).
(7) في / ج: (نؤديها عنك أو نخرجها عنك».
(8) في / ج: (إلا في ثلاث).
(9) في / أ: (أصابه).
(10) الحجى: مكسورة الحاء، مقصورة: العقل.
انظر: لسان العرب 14/ 165-166، والصحاح 6/ 2309.
(11) (من أهله) ساقط من / أ.
(12) في / أ: (في أن به).
(13) في / أ: (فحلت المسألة له).
(14) في / أ: (شداداً).
(15) في / أ: (أو رجل أصابه).
(16) في / ج: (من السلعة).

فهو سحت»[1] والله أعلم.



(1) في / أ: (مستحب).
والحديث أخرجه مسلم في كتاب «الزكاة» باب «من تحل له المسألة» حديث (1044) ولفظه: عن قبيصة بن مخارق الهلالي. قال: تحملت حمالة فأتيت رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أسأله فيها. فقال: «أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها». قال: ثم قال: «يا قبيصة إنّ المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها، ثم يمسك. ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش «أو قال سداداً من عيش» ورجل أصابته فاقة حتى يقوم ثلاثة من ذوي الحجى من قومه: لقد أصابت فلان فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش «أو قال سداداً من عيش» فما سواهن من المسألة، يا قبيصة سحتاً يأكلها صاحبها سحتاً».
أخرجه أبو داود في كتاب «الزكاة» باب «ما تجوز فيه المسألة» حديث (1640).
والنسائي في كتاب «الزكاة» باب «الصدقة لمن تحمل بحمالة» حديث (2417).
وأحمد في المسند 3/ 477.

كتاب النكاح

مسألة (447): قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: «لو تزوج عبد بامرأة فضمن السيد لها مهرها وهو ألف عن الزوج لزمه، فإن باعها زوجها[1] قبل الدخول بتلك[2] الألف بعينها فالبيع باطل؛ لأن البيع والفسخ وقعا معاً»[3].

وإنما قيد الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ [كلامه بعين الألف؛ لأنها لو اشترته بألف آخر كان البيع منعقداً وصار النكاح منفسخاً[4]، والعلة التي ذكرها الشافعي ـ رضي الله عنه][5] ـ هي الفاصلة بين المسألتين: وذلك أنها إذا[6] اشترت زوجها بالألف التي[7] استقرت في ذمة السيد[8] على جهة الضمان ـ وهي مهرها ـ فلا بد من أن يتملك[9] السيد ببيع[10] العبد ذلك[11] المال الذي في ذمته، ومن

(1) في /أ: (وإن باعه من زوجته).
والمعنى أن السيد باع العبد على زوجته، وعبارة الأم أوضح من عبارة المختصر، قال في الأم: «فإذا باعها السيد زوجها... الخ» والمثبت من /ج وهو موافق لنصه في مختصر المزني.
وانظر: تتمة الإبانة. خ. ج 7 ورقة: 220 ـ ب.
(2) في /أ: (ملك).
(3) انظر: مختصر المزني /164، والأم 5/ 42.
(4) انظر: المصدرين السابقين.
(5) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(6) في /ج: (لو).
(7) في /أ: (الذي).
(8) في /أ: (في ذمته للسيد).
(9) في /أ: (أن يملك).
(10) في /أ: (بيع).
(11) في /أ: (بذلك).

ملك مالاً[1] في ذمة نفسه فمقتضى الملك براءة[2] الذمة[3]، وإذا أُبريت ذمته، وجب عليه[4] مقابلة هذه البراءة ـ لو صحت ـ تقرير مالكها[5] على الرقبة التي ابتاعها وهي رقبة زوجها، ولو حكمنا بأنها ملكت رقبة زوجها وجب أن نفسخ النكاح بملك أحد[6] الزوجين، وذلك قبل المسيس في تصوير الشافعي رضي الله عنه، فإذا انفسخ النكاح فابتياعها زوجها وجب أن يسقط حكم جميع صداقها، هذا[7] هو المذهب الصحيح[8]، وإذا[9] سقط جميع صداقها لم يبق لها في ذمة سيد العبد مال، [وإذا لم يبق في ذمته مال][10] ـ وذلك المال جعل ثمناً بقي[11] البيع عارياً عن الثمن، والبيع إذا كان عارياً عن الثمن فهو باطل[12]، وإذا بطل البيع لم يبطل النكاح، وإنما يبطل البيع؛ لأنه وقع مع الفسخ معاً[13]، هذا معنى تعليل الشافعي رضي الله عنه.

(213/ب) فأما إذا اشترته بألف أخرى، فالمال الذي / جعل ثمناً غير الصداق، فينعقد الشراء، وإذا انعقد الشراء انفسخ النكاح، وإذا انفسخ النكاح بفعل من جهتها قبل المسيس سقط المهر وبرىء السيد عن الضمان، كما برىء الزوج[14].

(1) (مالا) ساقط من / أ.
(2) في / أ: (فمقتضاه براءة).
(3) وذكر الزركشي هذا الضابط بعبارة أخرى فقال: «لا يثبت للشخص على نفسه شيءٌ» أ. هـ. المنثور في القواعد 3/ 359.
(4) في / ج: (على).
(5) في / أ: (بقدر ملكها).
(6) (أحد) ساقط من / أ.
(7) في / أ: (وهذا).
(8) انظر: تتمة الإبانة. خ. ج 7 ورقة: 220 ـ ب، وروضة الطالبين 7/ 231.
(9) في / ج: (فإذا).
(10) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(11) في / ج: (فبقي).
(12) في / ج: (والبيع العاري عن الثمن باطل).
وانظر: الأم 5/ 42، والمجموع 9/ 171، وروضة الطالبين 4/ 6، 7/ 231.
(13) في / أ: (وإذا بطل البيع بقي النكاح، لأنه وقع هو وانفسخ معاً).
(14) انظر: تتمة الإبانة خ. ج 7 ورقة: 220 ـ أ ـ ب.

مسألة (448): المرأة إذا أرضعت [قبل المسيس رضاعاً فاسخاً للنكاح سقط مهرها[1]، وإذا أرضعت][2] بعد المسيس، فالمهر لا يسقط[3]، وكذلك أيضاً الارتداد[4].

وأما إذا اشترت زوجها[5] بعد المسيس ففي سقوط مهرها وجهان: أحدهما: أنه لا يسقط، كما لا يسقط بالإرضاع، والوجه الثاني: أنه ساقط[6].

والفرق بين المسألتين: أنها إذا أرضعت بعد المسيس، فهي التي اعترضت[7] على النكاح بفعل موجود من جهتها، ولكن استقر مهرها بما سبق من المسيس، فاستحال سقوطه بعد الاستقرار[8]، والزوج بعد الانفساخ يكون محلاً للمطالبة[9] إذا لم يحدث حالة سوى الفسخ، وفسخ العقد لا ينافي طلب عوض العقد إذا كان العوض ثابتاً مستقراً[10]، فأما إذا ابتاعت زوجها فقد حدثت[11] حالة منافية للطلب؛ لأن الزوج صار مملوكاً لها، والمطالبة بين السيد[12] والمملوك محال، ألا

(1) انظر: مغني المحتاج 3/ 234، وروضة الطالبين 7/ 289، 9/ 26، وكفاية الأخيار 2/ 40.

(2) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(3) انظر: مغنى المحتاج 3/ 420، وروضة الطالبين 9/ 26، والغاية القصوى في دراية الفتوى 2/ 864.

(4) فإذا ارتدت المرأة قبل المسيس سقط مهرها، وبعده لا يسقط.
انظر: الأم 5/ 57، ومختصر المزني / 173، ومغني المحتاج 3/ 234.

(5) (زوجها) ساقط من / أ.

(6) والأصح الأول.
انظر: روضة الطالبين 7/ 229، وتتمة الإبانة خ. ج 7. ورقة: 221 ـ أ.

(7) في / أ: (فعى التي اعرضت).

(8) يستقر الصداق بواحد من شيئين: الوطء، والموت.
انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي/ 325، وروضة الطالبين 7/ 263.

(9) في / أ: (والزوج بعد الانفساخ بمحل المطالبة).

(10) (مستقراً) ساقط من / أ.

(11) في / أ: (حدث).

(12) في / أ: (من السيد).

ترى أن ابتداء الدين لا يتصور بينهما؛ فلذلك لا تتصور استدامته[1].

فعلى هذا الأصل الذي أوضحناه لو اشترت زوجها بعد المسيس بعين الصداق الذي ضمنه السيد وجب أن ينفسخ[2] البيع[3]، وإن كان الشراء بعد المسيس؛ لأنها إذا ملكت زوجها استحال أن يبقى لها على زوجها دين وقد صار عبداً لها، وإذا أسقط عن الزوج صداقها سقط عن السيد؛ لأن السيد كفيل، وسقوطه عن الأصل والكفيل يوجب تعرية البيع عن الثمن، وإذا عرى البيع عن الثمن فلا بد من إبطاله، وصار الشراء بعد المسيس كالشراء قبل المسيس، وهي المسألة[4] المنصوصة التي قدمناها وأبطلنا فيها البيع[5].

مسألة (449): السلطان لا يزوج اليتيمة الصغيرة[6]، ويزوج البالغة المجنونة[7].

---

(1) في / ج: (الاستدامة).
وانظر: المنثور في القواعد 2/ 220، وروضة الطالبين 7/ 229.

(2) في /أ: (يفسخ).

(3) وصحح النووي الصحة. وقال: «إذ ليس هو كما قبل الدخول؛ فإن سقوط المهر هناك بانفساخ النكاح؛ بدليل: أنه لو كان مقبوضاً وجب رده فلا يمكن جعله ثمناً، وهنا السقوط بحدوث الملك، وإذا جعل ثمناً فكأنها استوفت الصداق قبل لزوم البيع، فليس لها بعدما ملكت الزوج صداق حتى يسقط» أ. هـ.
روضة الطالبين 7/ 232، وانظر: تتمة الإبانة. خ. ج 7 ورقة: 221 ـ أ.

(4) في /أ: (في المسألة).

(5) في /ج: (وأبطلنا البيع فيها).
وانظر المسألة السابقة ص: 125.

(6) (الصغيرة) ساقط من / ج.
وانظر: روضة الطالبين 7/ 58، وكفاية الأخيار 2/ 34، والمهذب 2/ 37.

(7) على أصح الوجهين، ولكن يراجع السلطان أقاربها؛ لأنهم أعرف بمصلحتها، وتطييباً لقلوبهم.
الوجه الثاني: يزوجها القريب، كالأخ والعم بإذن السلطان.
انظر: روضة الطالبين 7/ 94-95، وكفاية الأخيار 2/ 34، والمعاياة خ. ورقة: 103 ـ أ، ومغني المحتاج 3/ 169.

والفرق بينهما: أن البالغة المجنونة ربما تشتاق إلى النكاح وتتعين[1] المصلحة في التزويج، والسلطان يتصرف نظراً ومصلحة، فإذا رأى مصلحتها في تزويجها كان له تزويجها، وأما الصغيرة اليتيمة، فمعقول أنها لا تشتاق إلى النكاح، فلا حاجة في تفويت بضعها[2] عليها قبل ظهور النظر في التفويت.

فإن قيل: إذا زوج[3] الصغيرة حول النفقة ـ وذلك من المصلحة ـ فهلا جوزتم له تزويجها، لتحويل نفقتها[4].

قلنا: تفويت بضعها[5] في المقابلة أعظم من تحويل نفقتها،/ [فلا بد من (214/أ) مصلحة سوى تحويل النفقة][6] تنضم إلى تزويجه، وتصرفه حتى يصح منه ذلك التصرف.

مسألة (450): الأخوة والأعمام لا يزوجون المجنونة، وإن كانت بالغة مشتاقة إلى النكاح[7]، والسلطان يزوجها في هذه الحالة، كما يزوجها الأب والجد[8].

والفرق بين السلطان وبين الأولياء: أن الأولياء[9] إذا أرادوا تزويج البالغة

---

(1) في /أ: (ومتعين).
(2) في /أ: (بعضها).
(3) في /أ: (إذا تزوج).
(4) في /أ: (نفقها).
(5) في /أ: (بعضها).
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(7) وفيه وجه: أنهم يزوجون، ولكن لا ينفردون به بل يشترط إذن السلطان.
انظر: روضة الطالبين 7/ 95، ومغني المحتاج 3/ 169، وكفاية الأخيار 2/ 34.
(8) في /أ: (في الجد).
وانظر المسألة السابقة.
(9) (أن الأولياء) ساقط من /أ.

العاقلة، فلا بدّ من إذنها[1] وتوكيلها، فإذا كانت[2] مجنونة لم يتصور من جهتها الإذن، وليس للأخوة والأعمام الانفراد بتزويج البالغة من غير إذن[3]، فليس لهم تزويج المجنونة، والإذن معدوم[4].

فأما السلطان إذا آلت الولاية إليه، فله ولاية التزويج بما يقلد من الأمر، وهو يقوم مقامها في ولاية مصلحتها، فنزل منزلة أبيها[5]، ومنزلة جدها باجتماع المعنيين فيه[6]، فإن كان لها أخ، فليس للسلطان أن ينفرد بتزويجها، ولا للأخ الانفراد به[7]، ولكن إذا رأى السلطان المصلحة في تزويجها أذن لأخيها، أو أذن[8] الأخ للسلطان، فحينئذٍ يصح النكاح[9] منهما؛ لأن المعنيين اللذين[10] ذكرناهما متفرقان[11] فيهما.

(1) لحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: إن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» قالوا: يا رسول الله! وكيف أذنها؟ قال: «أن تسكت».
أخرجه البخاري في كتاب «النكاح» باب «لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها» حديث (69).
ومسلم في كتاب «النكاح» باب «استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت» حديث (1419).

(2) في /ج: (وإذا كانت).

(3) انظر: روضة الطالبين 7/ 55، والمهذب 2/ 37.

(4) في /أ: (وليس لهم أيضاً تزويج المجنونة، لأن إذنها معدوم).

(5) في /أ: (ابنها).

(6) (فيه) ساقط من /أ.

(7) في /ج: (أن ينفرد به).

(8) في /أ: (وأذن) بسقوط الألف قبل الواو.

(9) في /ج: (فيصح التزويج).

(10) في /أ: (الذي).

(11) في /أ: (مفترقان).

مسألة (451): إذا وكل رجل وكيلاً[1] بالتزويج وسمى الخاطب[2] فلم يقبل الخاطب[3] بنفسه، ولكن وكل وكيلاً بالقبول، فقبل[4] صح النكاح[5]، ومثل ذلك لو وجد في البيع لا يصح[6].

والفرق بين العقدين: أن الشخص الذي يباشر البيع تتعلق به عهدة العقد[7]، والشخص الذي يباشر قبول النكاح لغيره لا تتعلق به عهدة العقد، فإذا أذن ووكل وقال: بع من فلان فقد أمره بأن[8] يختار ذلك الرجل المسمى لتقلد[9] العهدة، فإذا خاطب وكيله بالعقد، فالوكيل شخص ما رضيه[10] صاحب السلعة لعهدة سلعته، والناس يتباينون[11] في الوفاء بالعهدة[12] والخروج عن أحكام العقد.

فإن قال قائل: ما من عهدة توجهت على الوكيل إلا[13] وتلك العهدة تتوجه على الموكل.

(1) في / ج: (رجلا).
(2) أي قال الولي لوكيله: زوج ابنتي زيداً مثلاً.
(3) (فلم يقبل الخاطب) ساقط من / ج.
(4) (فقبل) ساقط من / أ.
(5) في / ج: (صح العقد).
(6) فلو وكل وكيلاً في بيع عبده لزيد مثلاً، فباعه لوكيل زيد لم يصح.
ونقل النووي في المجموع والروضة هاتين المسألتين عن العمراني ـ صاحب البيان ـ حكماً وفرقاً.
انظر: المجموع 9/ 172، وروضة الطالبين 4/ 325، ومطالع الدقائق 2/ 225، والبيان. خ. ج 5، ورقة: 211.
(7) في / أ: (تتعلق به العهدة).
(8) في / أ: (أن).
(9) في / أ: (ليقلده).
(10) في / أ: (شخص آخر وما رضيه).
(11) في / أ: (يتنابون).
(12) (بالعهدة) ساقط من / أ.
(13) في / أ: (وإلا).

قلنا: إن[1] الأحوال تختلف في العهدة وفي دعواها فلا يأمن صاحب السلعة أن يجد الثمن معيباً[2]، فيريد رده أو استبداله، فيمتنع الموكل ويجحد أصل التوكيل، والوكيل ربما يكون معدماً ولا يكون ملياً، فيتعذر[3] عليه الوصول إلى حقه، فأما وكيل النكاح فليس يتولى سوى العبارة المجردة التي لا تتضمن[4] ضمان عهدة وحكم مطالبة[5].

والذي يدل على ما ذكرناه: أن الولي في النكاح إذا شافه الوكيل أضاف[6] العقد إلى موكله فيقول: زوجتها[7] من فلان، فيقول الوكيل: قبلت نكاحها على[8] فلان[9]، فأما في الشراء فلا يقول صاحب السلعة بعتها من فلان حتى يقبل الوكيل عليه، ولكن يقول للوكيل[10]: بعتها منك، فيقول الوكيل: اشتريت، حتى يحكم بصحة البيع[11].

(214/ب) **مسألة/ (452)**: الولي إذا كان يجن ويفيق[12]، فالولاية لا تزول عنه زوالاً مطلقاً[13]، وإذا أطبق الجنون صار كالميت، وانتقلت[14] الولاية إلى

---

(1) ((إن)) ساقط من /أ.

(2) في /أ: (معيناً).

(3) في /ج: (فيتعدى).

(4) في /أ: (التي لا تتضن).

(5) في /أ: (مطالبته).

(6) في /ج: (أضعاف).

(7) في /أ: (زوجها).

(8) في /أ: (من).

(9) انظر: المجموع 9/ 172-173، وروضة الطالبين 4/ 324، ومطالع الدقائق 2/ 226.

(10) في /أ: (الوكيل).

(11) انظر: المراجع السابقة.

(12) في /أ: (يفيق ويجن).

(13) على أحد الوجهين.
الوجه الثاني: أنها تزول، كالجنون المطبق، وصححه النووي في الروضة.
انظر: روضة الطالبين 7/ 62، ومغني المحتاج 3/ 154.

(14) في /أ: (فانقلبت).

الأبعد[1]، بخلاف الغشية[2].

وذلك: أن الجنون إذا اتصل وأطبق[3]، فقد الرأي والتدبير بدوامه، وتعذر النظر والتدبير من جهته، فقام غيره مقامه، فأما إذا كان يجن ويفيق، فهو في يوم إفاقته من أهل التدبير، فلا يجوز إخراجه يومئذٍ عن الولاية.

وكذلك قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: إذا كانت المرأة المالكة لأمرها تجن وتفيق، فلا يجوز تزويجها إلا بإذنها، ثم قال: فإن[4] أذنت في يوم إفاقتها فلم يعقد نكاحها حتى عاودها[5] الجنون لم يجز[6] إنشاء ذلك العقد[7]، فكذلك نقول في هذا الولي إذا أفاق، فوكل وكيلاً، فلم يتفق العقد[8] حتى عاوده الجنون انعزل ذلك الوكيل[9]، وقد قال أبو العباس بن سريج ـ رحمه الله ـ: فمن يعتريه الإغماء، لمرض[10] أو غيره، فيغشى عليه، ثم يفيق، ثم يغشى عليه، ثم يفيق قال: ينظر فيه فإن كان زمان إغمائه الذي يعتريه لا يتطاول ولا يمتد، فلا ينعزل وكيله، وإن كان يمتد زمانه ويتطاول انعزل وكيله حينئذٍ، وذكر في ذلك حداً فاصلاً[11] فقال: الاعتبار فيه بالعرف والعادة في اختلال[12] أسبابه بسبب

(1) انظر: المرجعين السابقين، وتتمة الإبانة خ. ج 7 ورقة: 206 ـ أ ـ ب.
(2) في /أ: (بخلاف المعنية).
وانظر، روضة الطالبين 7/ 62، ومغني المحتاج 3/ 154، وتتمة الإبانة ج. ج 7 ورقة 206 ـ أ ـ ب.
(3) (وأطبق) ساقط من /أ.
(4) (فإن) ساقط من /أ.
(5) في /أ: (على أن عاودها).
(6) في /ج: (فلم يجز).
(7) انظر: الأم 5/ 20، 23.
(8) (العقد) ساقط من /أ.
(9) انظر: روضة الطالبين 7/ 62.
(10) في /أ: (بمرض).
(11) (فاصلاً) ساقط من /ج.
(12) في /أ: (في الاختلال).

إغمائه خللاً ظاهراً[1].

فإذا قيل: إن[2] الغشية التي تعتريه وتفارقه، ثم تعاوده لا تكون سبباً لاختلال أموره واضطراب أسبابه، فليس ذلك[3] من أسباب العزل، وإن كان الأمر[4] على الضد، فالجواب[5] على الضد، وكذلك على قياس قوله إذا كان الوكيل يعتريه مثل هذه الغشية، فالتفصيل في الوكيل مثل[6] التفصيل في الموكل.

مسألة (453): السلطان إذا فوض إلى رجل تزويج أيم، فاخترم[7] السلطان انعزل ذلك الرجل[8]، وإن كان فوض إليه تزويج الأيامى، فاخترم[9] السلطان لم ينعزل ذلك الرجل[10].

والفرق بينهما: أن أحد التفويضين تفويض توكيل، وتعيين وتخصيص، والثاني تفويض تولية وتعميم، واخترام[11] السلطان لا يوجب عزل الخليفة الذي تقلد[12] القضاء من جهته.

مسألة (454): الوليان إذا زوجا ولية لهما رجلين، ثم لم يبن أن العقدين وقعا معاً،

(1) قال في تتمة الإبانة: «ولابن سريج طريقة أن الإغماء، كالجنون حتى لا يجب عليه قضاء الصوم، فعلى هذا تنتقل الولاية إلى الأبعد» أ. هـ الإبانة. خ. جـ 7 ورقة: 206 ـ ب.
(2) (ان) ساقط من / أ.
(3) في / جـ: (فذلك ليس).
(4) (الأمر) ساقط من / جـ.
(5) في / جـ: (والجواب).
(6) (مثل) ساقط من / أ.
(7) في / أ: (فاخرم).
(8) انظر: روضة الطالبين 4/ 330، ومغني المحتاج 3/ 232.
(9) في / أ: (فاخرم).
(10) انظر: روضة الطالبين 11/ 127، ومغني المحتاج 4/ 383.
(11) في / أ: (واخرام السلطان).
(12) في / جـ: (لا يوجب عزل الخلفاء الذين تقلدوا).

أو سبق أحدهما الثاني، فهما باطلان، والمذهب لا يختلف فيه[1]. فأما إذا علمنا تقدم أحدهما، ولكن لم يتعين فهما موقوفان على أصح القولين[2].

والفرق بين المسألتين: أنا إذا لم نعلم كيفية وقوعهما [كان من الجائز ـ في الاحتمال ـ وقوعهما معاً، ولو تيقنا وقوعهما][3] معاً كانا باطلين، إذ لا يكون أحدهما أولى بالتصحيح من الثاني، والأصل تحريم الأبضاع[4]، فلا بد من تعين سبب / الاستباحة. فأما إذا تيقنا تقدم أحدهما، وتأخر الثاني، فلا شك في **(215/أ)** صحة أحد العقدين، وإنما الشك في التعيين[5]، والمرأة إذا علمت يقيناً أن لها زوجاً غير أن ذلك الزوج صار مفقوداً، فالنكاح مستدام بينهما إلى الطلاق، أو الوفاة.

مسألة (455): إذا شهد شاهدان على الزوج بالطلاق الثلاث ونفذ القضاء، ثم رجعا وذلك قبل المسيس فعليهما غرم كمال المهر[6] في المنصوص عليه[7]، وإذا أرضعت[8] أجنبية امرأة رجل فانفسخ النكاح قبل المسيس غرمت

---

(1) انظر: مغني المحتاج 3/ 161، ونهاية المحتاج 6/ 249، وروضة الطالبين 7/ 89.

(2) **والقول الثاني**: إنهما باطلان.
والطريق الثاني: القطع بالبطلان، وهو المذهب، كما قال النووي.
انظر: المراجع السابقة.

(3) مابين الحاصرتين ساقط من /أ.

(4) انظر هذا الضابط في: المنثور في القواعد 1/ 177، والأشباه والنظائر للسيوطي / 61.

(5) في /أ: (العين).

(6) في /أ: (وذلك قبل المسيس غرمت نصف فعليهما غرم كمال المهر).

(7) في مختصر المزني، وقال المزني ـ بعدما ذكر النص عن الشافعي ـ: «ينبغي أن يكون هذا غلطاً من غير الشافعي، ومعنى قوله المعروف أن يطرح عنهم ذلك بنصف مهر مثلها إذا لم يكن دخل بها» أ. هـ. مختصر المزني / 312.
وما ذكر المزني هو المنصوص عليه في الأم 7/ 55.
وقد أغفل المؤلف ـ رحمه الله ـ تعليق المزني على نص الشافعي، كما أغفل القول الثاني المنصوص عليه في الأم اشارة إلى أن ما ذكره هو المذهب كما سيأتي إيضاح ذلك في المسألة التالية.

(8) في /ج: (ارتضت).

نصف مهر المثل[1].

الفرق بينهما: أن النكاح إذا ارتفع بالرضاع شابه الارتفاع بالطلاق، لأن الطلاق يوقع الحرمة باطنة وظاهرة فكذلك الرضاع، ثم الطلاق قبل المسيس يوجب النصف استدامة بالعقد[2]، والرضاع يوجب غرم النصف، فأما الشاهدان إذا شهدا وقضى القاضي بشهادتهما، ثم رجعا فحرمة البضع في ظاهر الحكم[3]، فأما في الباطن، فهي زوجته إذا كانا كاذبين، فهذه حيلولة بين الملك والمالك في الظاهر، فصار كالحيلولة في الأموال[4]، ولو أن رجلاً غصب عبداً فأبق من يد[5] الغاصب غرمناه للمالك جميع القيمة، للحيلولة الواقعة[6]، فكذلك في هذه الغرامة[7].

مسألة (456): الحرة إذا أعتقت جارية، فولي الجارية أب الحرة[8] دون ابنها[9]،

---

(1) لم يختلف قول الشافعي ـ رحمه الله ـ في هذه المسألة، وله في المسألة الأولى نصان. قال النووي: «وللأصحاب طرق. المذهب وجوب النصف في الرضاع، وجميع مهر المثل في الرجوع عن الشهادة». أ. هـ. روضة الطالبين 11/ 300، وانظر: مختصر المزني / 228، وأدب القاضي لابن القاص 2/ 396، والمنثور في القواعد 2/ 90، ومغني المحتاج 3/ 420.

(2) لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ البقرة: الآية (237).
وانظر: مغني المحتاج 3/ 234، 420، روضة الطالبين 7/ 289.

(3) في /أ: (في الظاهر).

(4) قال الزركشي: «والثابت في قواعد الشرع أن من حال بين شخص، وبين ملكه لزمه جميع القيمة» أ. هـ.
المنثور في القواعد 2/ 91 وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي/ 362-363.

(5) (يد) ساقط من /أ.

(6) انظر: المنثور في القواعد 2/ 91، ومغني المحتاج 3/ 420، والأشباه والنظائر للسيوطي / 363.

(7) وانظر: هذا الفرق بين المسألتين في: المنثور في القواعد 2/ 90، ومغني المحتاج 3/ 420.

(8) في /أ: (أبو الحرة).

(9) على الصحيح. وقيل: يزوجها السلطان.
انظر: روضة الطالبين 7/ 61، ومغني المحتاج 3/ 61، ونهاية المحتاج 6/ 233.

فإذا ماتت الحرة، فوليها ابنها دون أبيها[1].

والفرق بين الحالين: أن الحرة ما دامت حية[2] فأبوها ـ في التزويج ـ وليها، فجعلنا ولي العتيقة، ولي المعتقة[3]، وعلى هذا ولايات معتقات[4] النساء[5]، فأما إذا[6] ماتت السيدة[7]، فقد انتهت ولاية الأب عليها، وخلفت الولاء الثابت لها على تلك [الجارية، والابن أولى بالولاء من الأب، فإن تلك الجارية][8] لو ماتت كان ميراثها بالولاء لهذا الابن، وكذلك الولاية عليها بالتزويج لهذا الابن[9].

مسألة (457): إذا قال الخاطب للولي: زوجني وليتك[10]، فقال: زوجتكها تم النكاح فيما نص عليه الشافعي ـ رحمه الله ـ [ولفظه: «وقول الخاطب زوجنيها فقال: قد زوجتكها، فلا يحتاج الخاطب أن يقول: قبلت»[11].

والحكاية عن الشافعي ـ رضي الله عنه][12] ـ في القديم: أن المشتري إذا قال: بع مني سلعتك هذه بكذا فقال: بعت، ففيها قولان، أحدهما: أن البيع قد تم،

---

(1) انظر: المراجع السابقة.

(2) في /ج: (إذا كانت حية).

(3) في /أ: (فجعلناه ولي المعتقة).

(4) في /أ: (المعتقات).

(5) فيزوج المُعْتَقة من يزوج مُعْتِقها على ترتيب الأولياء.
انظر: المراجع السابقة.

(6) في /ج: (فإذا).

(7) (السيدة) ساقط من /أ.

(8) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(9) في /أ: (لو ماتت فقد انتهت ولاية عليها بالتزويج لهذا الابن).

(10) (وليتك) ساقط من /ج.

(11) ونصه في المختصر: «.... فلا يحل أبداً إلا بأن يقول الولي: قد زوجتكها، أو أنكحتكها، ويقول الخاطب: قد قبلت تزويجها، أو نكاحها، أو يقول الخاطب زوجنيها، ويقول الولي: قد زوجتكها، فلا يحتاج في هذا إلى أن يقول الزوج: قد قبلت» أ. هـ.
مختصر المزني / 167، وانظر: الأم 5/ 23.

(12) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

والثاني، أنه[1] لا يتم حتى يقول: اشتريت. فمن أصحابنا من ينقل[2] إلى النكاح جواباً عن البيع[3]، ومنهم من يشتغل[4] بالفرق[5].

والفرق بين المسألتين: أن النكاح في الغالب يتقدمه من الكلام والمسألة والخطبة ما لا[6] يتصور مثله في البيع، فجاز أن يصير ما تقدم من الكلام السابق قرينة لهذا الاستيجاب؛ فلذلك أقمنا قوله: زوجني - وهو استجابة - مقام قوله: تزوجت / ، (215/ب) ولما لم يتصور مثل ذلك في البيع لم يقم الاستيجاب مقام عبارة القبول، فإن تصورت حالة نادرة في البيع، أو ندرت حالة[7] في النكاح ثبتنا كل واحد من العقدين[8] على ما هو المعتاد في مثله، وألحقنا النادر بالغالب فيهما[9] جميعاً.

مسألة (458): الابن إذا اشترى منكوحة أبيه كان النكاح[10] مستداماً[11]، ولو أراد

---

(1) (أنه) ساقط من / أ.

(2) في / ج: (نقل).

(3) فيجعل في النكاح قولين.
أحدهما: أنه ينعقد النكاح، ولا يحتاج إلى القبول.
الثاني: أنه لا ينعقد إلا بالقبول كالبيع.
وممن قال بذلك القاضي أبو حامد المروروزي.
انظر: المطلب العالي. خ. ج 18. ورقة: 59 - أ، والمجموع 9/ 168-169، والشرح الكبير 8/ 101.

(4) في / ج: (اشتغل).

(5) وهو الأصح.
وممن ذهب إلى ذلك أبو علي الشبوي.
انظر: المراجع السابقة.

(6) في / أ: (فلا).

(7) (حالة): ساقط من / أ.

(8) في / أ: (بقينا على كل واحد من العقد).

(9) في / أ: (فهما).

(10) (كان النكاح) ساقط من / أ.

(11) على أصح الوجهين.
انظر: روضة الطالبين 7/ 213، والقواعد للحصني القسم الأول 2/ 659، والمنثور في القواعد 2/ 350.

الأب أن يبتدىء نكاح مملوكة الابن، فلا ينعقد له العقد[1].

وذلك أن الواجب على الابن إعفاف الأب بطول[2] نكاح حرة[3] أو بثمن الجارية[4]، أو بعين الجارية[5]، فإذا تزوج جاريته، فكأنما تزوج جارية نفسه؛ ولهذا[6] لو أحبل جارية الابن صارت أم ولد له[7] على المشهور من المذهب[8]، فكانت[9] مملوكة الابن من هذا الوجه مملوكة الأب.

فأما إذا كان النكاح سابقاً، ثم اعترض[10] ملك الابن، فحالة الاستدامة أقوى من حالة[11] الابتداء[12]، وليس كاعتراض ملك الزوج على الزوج؛ لأن مملوكة الابن شبه مملوكة الأب، وليست[13] مملوكة الأب شبه مملوكة الابن[14]، ولهذا لو

---

(1) انظر: روضة الطالبين 7/ 212، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني / 411، ومغني المحتاج 3/ 214.

(2) في / أ: (الاعفاف بطول).

(3) في / ج: (بطول المرأة).

(4) (أو بثمن الجارية) ساقط من / ج.

(5) وهذا على المشهور في المذهب. وخرج ابن خيران قولاً: أنه لا يجب على الابن اعفاف الأب، كما لا يجب على الأصل اعفاف الفرع.
انظر: روضة الطالبين 7/ 214، 216، ومغني المحتاج 3/ 211-212.

(6) (لهذا) ساقط من / ج.

(7) في / أ: (أم الولد).

(8) انظر: روضة الطالبين 7/ 208، ومغني المحتاج 3/ 214.

(9) في / ج: (فكان).

(10) في / أ: (أعرض).

(11) في / أ: (في حالة).

(12) انظر: روضة الطالبين 7/ 229، والقواعد للحصني القسم الأول 2/ 659، ومغني المحتاج 3/ 215.

(13) في / أ: (وليس).

(14) (شبه مملوكة الابن) ساقط من / ج.

أن رجلاً تزوج مملوكة مكاتبة كان النكاح باطلاً[1]، ولو اشترى مكاتبه زوجته كان نكاح السيد باقياً[2]، للفصل بين حالة الابتداء وحالة الاستدامة.

مسألة (459): الحرة إذا ماتت قبل المسيس كمل مهرها[3]، وإذا ماتت الأمة قبل المسيس سقط مهرها على أحد القولين[4]، وكذلك أيضاً[5] يفترقان في قتل كل[6] واحدة[7] منهما نفسها[8]، كما افترقا في الموت[9].

والفرق بين الحرة والأمة: أن عقد النكاح إذا انعقد على الحرة تسلط الزوج عليها بنفس العقد، ولم يكن لها على نفسها سلطان المنع إلا استيفاء الحق، وذلك حق التسليم، فأما الأمة، فليست كذلك؛ لأن سلطان السيد في الاستخدام مستدام عليها بعد التزويج. ألا ترى أن له أن يحول بينها وبين زوجها ما دام مفتقراً إلى خدمتها[10]، فلا تكون بالعقد مسلمة، كما تكون الحرة مسلمة[11]، فإذا ماتت

(1) انظر: روضة الطالبين 7/ 213، ومغني المحتاج 3/ 215.
(2) على أحد الوجهين.
الوجه الثاني: أنه ينفسخ النكاح، كما لو ملكها سيده. وصححه النووي.
انظر: مغني المحتاج 3/ 215، ونهاية المحتاج 6/ 328.
(3) انظر: روضة الطالبين 7/ 219، ومغني المحتاج 3/ 218، ونهاية المحتاج 6/ 332-333.
(4) في / أ: (في أحد المذهبين).
والصحيح أنه لا يسقط.
انظر: المراجع السابقة.
(5) (أيضاً) ساقط من / ج.
(6) (كل) ساقط من / أ.
(7) في / ج: (واحد).
(8) فلو قتلت الحرة نفسها، فلا يسقط شيء من المهر، ولو قتلت الأمة نفسها سقط المهر على المذهب. انظر: روضة الطالبين 7/ 219، ومغني المحتاج 3/ 218، ونهاية المحتاج 6/ 332-333.
(9) في / أ: (بالموت).
(10) انظر: مغني المحتاج 3/ 217، ونهاية المحتاج 6/ 331.
(11) (مسلمة) ساقط من / ج.
وانظر: الفرق في: مغني المحتاج 3/ 218، ونهاية المحتاج 6/ 332.

الأمة قبل المسيس صارت بمنزلة السلعة المبيعة إذا فاتت قبل القبض[1] [2].

مسألة (460): ليس لولي السفيه المأمور بتزويجه أن يطلق له الإذن في النكاح من غير تعيين[3] المنكوحة؛ لأنه ربما يتزوج امرأة يستغرق مهر مثلها جميع ماله[4]، [فإن أطلق الإذن، فتزوج امرأة وزادها على مهر مثلها][5]، فإن حكمنا[6] بصحة النكاح ـ وهو ظاهر النص[7] ـ فالفضل عن مهر مثلها[8] مردود/، فإذا زال الحجر وزال السفه لم يكن للمرأة مطالبته بذلك (216/أ) الفضل[9]، ولو تصور مثل ذلك في العبد كان للمرأة بعد عتق الزوج[10] أن تتبعه بذلك الفضل[11].

والفرق بينهما: أن الحجر على العبد لحق السيد، لا لحقه، فإذا عتق انتهى حق السيد، فتوجهت المطالبة بإكمال[12] ما سمي في عقد النكاح، فأما السفيه، فالحجر[13] عليه لحق نفسه، لا لحق غيره[14]، فزوال السفه وانتهاء زمان الحجر

---

(1) في /أ: (قبل التسليم).
(2) فإذا تلفت السلعة قبل القبض انفسخ البيع وسقط الثمن.
انظر: روضة الطالبين 3/ 499، ومغني المحتاج 2/ 65-66.
(3) (تعيين) ساقط من /ج.
(4) انظر: مغني المحتاج 3/ 169، وروضة الطالبين 7/ 96، ونهاية المحتاج 6/ 264.
(5) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(6) في /ج: (وإن حكمنا).
(7) انظر: الأم 5/ 42، ومغني المحتاج 3/ 170.
(8) في /ج: (على عين مثلها).
(9) انظر: الأم 5/ 42، وروضة الطالبين 7/ 97.
(10) في /ج: (بعد العتق).
(11) انظر: الأم 5/ 42، ومختصر المزني / 164، ومغني المحتاج 3/ 172.
(12) في /أ: (بأكمل).
(13) في /أ: (فالمحجور).
(14) وقد أشار الشافعي ـ رحمه الله ـ إلى هذا الفرق في: الأم 5/ 42.

لا[1] يتضمن نزول[2] مراعاة حقه، ألا ترى أنا نراقبه، فمتى ما عاد سفيهاً استأنفنا الحجر عليه مراعاة لمصلحته[3].

مسألة (461): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ. وإن تزوج عبد[4] بغير إذن سيده، فالنكاح فاسد، وعليه مهر مثلها إذا عتق[5]، فلم يجعل الشافعي ـ رحمه الله ـ مهرها[6] في كسبه، ولا في رقبته[7]، ثم قال: «فإن أذن السيد له، فنكح نكاحاً فاسداً، ففيها[8] قولان: **أحدهما**: أنه كإذنه في التجارة، فيعطى من[9] مال التجارة[10] إن كان له[11]، وإلا فمتى عتق، والآخر: أنه كالضمان عنه[12]، فيلزمه أن يبيعه فيه إلا أن يفديه»[13]، فجعل الشافعي ـ رحمه الله ـ هذا المهر في تجارته التي في يده للسيد على أحد القولين، وجعله[14] في رقبته على القول الآخر[15]، فصار كل واحد من القولين[16] مخالفاً لجوابه في المسألة الأولى.

---

(1) (لا) غير واضحة في / ج.
(2) (نزول) ساقط من / ج.
(3) في / أ: (لمصلحة).
وانظر: مغني المحتاج 2/ 170، وروضة الطالبين 4/ 182.
(4) في / أ: (عبدا) وهو خطأ.
(5) انظر: مختصر المزني / 168.
(6) في / أ: (مهر مثلها).
(7) بل جعله في ذمته.
(8) في / أ: (ففيه).
(9) (من) ساقط من / أ.
(10) (التجارة) ساقط من / أ.
(11) في / أ: (إن كان ينتظر له).
(12) في / ج: (كالجناية منه).
(13) انظر: مختصر المزني / 168.
(14) في / ج: (وجعل).
(15) في / ج: / الثاني).
(16) في / أ: (فصار كما لواحد القولين).

والفرق بين المسألتين: أن السيد إذا[1] لم يأذن لعبده في النكاح، فذهب، فنكح، وأصابها على حكم النكاح الفاسد، فهذه المعاقدة الفاسدة غير مستندة إلى إذن سابق حتى يصرف غرمها إلى حق السيد وماله، فصرفنا غرمها إلى مجرد ذمة المملوك، فقلنا: ليس لها في الحال مطالبة، لا في كسبه، ولا في تجارة السيد، ولا في رقبته؛ لأن ذلك كله حق السيد، وقد حصلت المعاملة على جهة[2] المراضاة من المرأة، بخلاف الجنايات المحضة التي تتعلق بالرقبة[3] فأمرناها باتباع ذمته متى عتق[4].

ومثاله: ما نقول في العبد إذا اشترى طعاماً بغير إذن سيده، فاستهلكه كان الشراء فاسداً، وكان للبائع أن يتبعه بقيمته زمان حريته، ولم يكن له عليه سبيل ما دام رقيقاً، ولا على ما في يده من بضاعة سيده[5]، فأما إذا سبق الإذن من جهة السيد، ولكنه[6] نكح نكاحاً فاسداً، فقد[7] رضي السيد/ بالتزام المهر في حقه، **(216/ب)** فلم يجز إحالتها بمهرها على ذمته أيام حريته، بل وجب إحالتها على حق السيد عاجلاً بما[8] حصل من رضى السيد.

ثم اختلف قوله في تعيين حق السيد الذي هو محل لأخذ هذا الحق منه، فقال في أحد القولين: يؤخذ المهر من مال السيد [الذي هو في يده، وإنما قال ذلك؛ لأن السيد][9] لو أذن له، فنكح نكاحاً صحيحاً كان المهر مأخوذاً من المال الذي في يده لسيده[10]، فإذا نكح نكاحاً فاسداً سلكنا تعويض الفاسد مسلك

---

(1) إذا) ساقط من /أ.
(2) في /أ: (على حصة).
(3) في /أ: (بالعرفيه).
(4) في /أ: (اعتق).
(5) انظر: مغني المحتاج 2/ 99، وروضة الطالبين 3/ 573.
(6) في /ج: (ولكنه) بدون الواو.
(7) (فقد) مكررة في /أ.
(8) في /أ: (لما).
(9) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(10) انظر: مغني المحتاج 3/ 216، وروضة الطالبين 7/ 225.

عوض[1] الصحيح؛ لوجود الإذن سابقاً على كل واحد منهما، وعلقه في القول الثاني برقبته وهو قوله: والآخر أنه كالضمان عنه[2]، فيلزمه أن يبيعه فيه إلا أن يفديه، وإنما علقه برقبته؛ لأنه لما نكح نكاحاً فاسداً، وأصاب البضع، فاستهلكه على حكم العقد الفاسد كان هذا الاستهلاك منه جناية كسائر جناياته على النفوس[3]، وعلى الأموال، وهي تتعلق برقبته[4]، فكذلك يتعلق[5] هذا المهر برقبته.

فإن قيل: فهلا جعلتم إصابته إياها في المسألة الأولى، كجناياته حتى تعلقوا موجبها برقبته لا بذمته، وقد وجدت المراضاة في المسألتين في المرأة؟

قلنا: المسألتان وإن اجتمعتا في المراضاة[6]، فقد افترقتا في وجود رضى[7] السيد وعدمه، ومعلوم أن السيد لو أذن لرجل في رهن عبده بدين على[8] ذلك الرجل بيعت رقبة العبد في الدين؛ لرضى السيد بضمان ذلك الدين في رقبة[9] مملوكه، وقد مرت هذه المسألة في الرهن المستعار[10]، فكذلك ضمن السيد هاهنا في رقبته مهر زوجته، ولم يتقدم مثل هذا الضمان عند عدم الإذن.

فإن قيل: إنكم لا تبيعون رقبة المأذون في المهور وفي سائر الديون[11]، فكيف بعتم رقبة هذا المملوك في دين المهر؟

---

(1) (عوض) ساقط من / أ.
(2) في / ج: (كالضامن عنه).
(3) في / أ: (كسائر الجنايات على القوس).
(4) انظر: القواعد للحصني القسم الأخير 1/ 171، والأشباه والنظائر للسيوطي / 230.
(5) في / ج: (علق).
(6) في / أ: (في المرأة).
(7) في / أ: (في وجود إذن رضى).
(8) في / أ: (كان).
(9) في / أ: (في رقبته).
(10) انظر ج2 ص 519.
(11) لأنها تتعلق بكسبه.
انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 231، والقواعد للحصني القسم الأخير 1/ 171.

قلنا: إذا أخذ المهر شبه الجنايات وشبه الدين في الرهن المستعار جوزنا بيع رقبته فيه، وإذا لم يأخذ هذا الشبه لم نجوز بيع الرقبة فيه.

واعلم أن الجري على ما نصّ عليه الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ في المسألتين المتعاقبتين أحسن من التخريج.

مسألة (462): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: إذا اجتمع النكاح، وملك اليمين في أختين، أو أمة وعمتها، أو خالتها، فالنكاح ثابت لا يفسخه ملك[1] اليمين[2]، كان قبل، أو بعد، وحرم ملك اليمين[3]، فجعل الشافعي ـ رحمه الله ـ ملك النكاح دافعاً لملك اليمين في البضع، ولم يجعل النكاح مدفوعاً بالملك[4]، وإذا اشترى رجل / زوجته صار النكاح مقطوعاً بملك (217/أ) اليمين[5].

واعلم أن النكاح في استحقاق البضع أقوى من ملك اليمين[6]، لأن النكاح

---

(1) (ملك) ساقط من / ج.
(2) في / ج: (العين).
(3) (كان قبل، أو بعد وحرم ملك اليمين) ساقط من / أ.
وانظر: مختصر المزني / 169، والأم 5/ 4.
(4) في / أ: (للملك).
(5) انظر: روضة الطالبين 7/ 129، ومغني المحتاج 3/ 183، ونهاية المحتاج 6/ 283-284.
(6) قال الزركشي في المنثور في القواعد 3/ 236-238: «قالوا الوطء بالنكاح أقوى من الاستباحة بملك اليمين؛ ولهذا لو ملك أمة، ثم نكح أختها حلت المنكوحة وحرمت الأمة، والأقوى إذا طرأ على الأضعف دفعه، وخالفوا هذا فيما إذا اشترى زوجته فإنه يصح، وينفسخ النكاح، قالوا؛ لأن ملك اليمين أقوى» ثم قال: «والتحقيق أنه لا يطلق القول بأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح، ولا عكسه، بل إن كانا من جهتين كما إذا كان يطأ أمة، فتزوج أختها قوي ملك النكاح على ملك اليمين حتى تحرم المملوكة. وإن كانا من جهة واحدة كما لو اشترى زوجته قوي ملك اليمين حتى ينفسخ النكاح، وإنما كان كذلك؛ لأن في الأول عقد النكاح يراد به الوطء وتوابعه، وملك اليمين قد يكون للاستخدام وغيره بدليل جواز شراء أخته، بخلاف عقد النكاح عليها، فلا جرم=

يثبت[1] حقوقاً له وعليه[2]، وملك اليمين لا يثبت شيئاً من تلك الحقوق، غير أن الرجل إذا اشترى زوجته، فلا سبيل إلى دفع الشراء بالنكاح؛ لأن الشراء يرد على الرقبة والنكاح وارد على البضع، ولا خلاف في صحة الشراء[3]، وإن كانوا مختلفين في الدار المكراة[4]، وإذا صح الشراء، فمن مقتضاه استحلال البضع بملك اليمين، والبضع[5] لا يتصور أن يكون[6] في الحالة الواحدة حلالاً لشخص من جهتين، فلم نجد بداً من إبطال النكاح لتقرير مقتضى البيع، فارتفع النكاح، وليس ذلك لضعفه، ولكن لما ذكرناه[7] من استحالة الاجتماع مع استحالة إبطال البيع.

فأما إذا اجتمع النكاح[8]، وملك اليمين في أختين، فهما يقعان[9]، **أحدهما**:

=قوي النكاح وحرمت المملوكة، **وأما في الثانية**؛ فلأن ملك الرقبة أقوى من ملك النكاح إذ ينتفع بالبضع؛ فلذلك قوي ملك اليمين حتى انفسخ النكاح، وإنما انفسخ للتنافي، بخلاف ما إذا اشترى داراً في اجارته» أ. هـ.

أي: بخلاف ما لو استأجر داراً، ثم ملكها، فلا تنفسخ الإجارة على الأصح؛ لأنه لا مناقضة بين ملك العين والمنفعة.

انظر: مغني المحتاج 3/ 183، ونهاية المحتاج 6/ 284.

(1) في /أ: (سبب).

(2) في /ج: (عليه) بسقوط الواو قبلها.

(3) تقدم توثيق الإجماع في ج2 ص 721.

(4) إذا اشتراها مستأجرها، فاختلفوا في انفساخ الإجارة على وجهين:

الأول: تنفسخ، قاله ابن الحداد، ويعبر عنه بأن الإجارة والملك لا يجتمعان.

والثاني: ـ هو الأصح ـ: أنها لا تنفسخ؛ لأن الملك لا ينافيها. أما البيع، فهو صحيح قطعاً.

انظر: روضة الطالبين 5/ 252-253، ومغني المحتاج 2/ 360.

(5) (بملك اليمين والبضع) ساقط من /أ.

(6) (أن يكون) ساقط من /أ.

(7) في /ج: (لما ذكرنا).

(8) في /ج: (إذا اجتمع ملك النكاح).

(9) في /أ: (نصفان).

مستباح بالنكاح[1]، **والآخر**: مملوك بملك اليمين، فظهرت قوة النكاح واندفع حل البضع[2] بملك اليمين ما دام النكاح قائماً، ولم تفترق الحال بين أن يتقدم النكاح وبين أن يتقدم ملك اليمين.

مسألة (463): الرجل المعسر[3] الخائف من العنت إذا رضيت حرة مناكحته على مهر قليل، أو على مهر مؤجل فجمع في العقد الواحد[4] بين حرة وأمة فنكاحهما باطل[5] قولاً واحداً[6].

ولو كان موسراً بطل نكاح الأمة، وفي نكاح الحرة قولان: **أحدهما**: أنه باطل، **والثاني**: أنه صحيح[7].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا كان موسراً كان نكاح الأمة محظوراً عليه، فإذا جمع بينهما كان جامعاً بين حلال وحرام، وكل من جمع في العقد الواحد[8] بين حرام وحلال[9] كان العقد في الحرام باطلاً، وكان في الحلال قولان، كالجامع بين

---

(1) في / أ: (النكاح).

(2) في / أ: (حال البضعة).

(3) في / أ: (المعتبر).

(4) في / أ: (فجميع من في العين الواحد).
ومثال ذلك أن يقول الولي: زوجتك ابنتي وأمتي بكذا فقبلهما.

(5) في / أ: (باطلاً).

(6) نكاح الأمة باطل قطعاً، أما الحرة ففيها طريقان:
الأول: القطع بالبطلان، وهو اختيار المؤلف، وابن الحداد.
الثاني: أنه على القولين: وهذا هو الأظهر عند إمام الحرمين، وبه قال صاحب التلخيص.
انظر: روضة الطالبين 7/ 133 ـ 134، ومغني المحتاج 3/ 186.

(7) وهو الأظهر.
انظر: روضة الطالبين 7/ 133، ومغني المحتاج 3/ 186، ونهاية المحتاج 6/ 288-289.

(8) (الواحد) ساقط من / أ.

(9) في / ج: (بين حلال وحرام). ثم كرر الناسخ العبارة بلفظ: (وكل جمع في العقد من حلال وحرام).

العبد والحر في العقد الواحد[1]، فأما المعسر الخائف من العنت فنكاح الإماء له حلال، ولا يحرم هذا الحلال عليه وإن رضيت الحرة مناكحته، كما لا يحرم[2] التيمم على المسافر وإن وجد من يهب له ثمن[3] الماء[4] لا عين الماء[5]، وإنما يحرم[6] عليه الجمع[7] بين هذه الحرة والأمة في حق من يجوز له نكاح كل واحدة منهما على الانفراد، وكل من جمع بين امرأتين يجوز[8] له نكاح كل واحدة منهما على الانفراد لا على الأخرى[9]، فإذا جمع بينهما بطل النكاح فيهما جميعاً، كالجامع بين أختين، أو بين المرأة وعمتها، أو بين المرأة وخالتها[10].

مسألة (464): قال المزني ـ رحمه الله ـ: إذا تزوج /المعسر الخائف من العنت **(217/ب)** مملوكة فاعترض اليسار بعد العقد بطل العقد، وجعله كاعتراض الارتداد[11]. ومذهب الشافعي ـ رحمه الله ـ أن الطول العارض خلاف

---

(1) أي في عقد البيع. ويعرف هذان القولان بقولي تفريق الصفقة، كما تعرف هذه القاعدة بقاعدة: «تفريق الصفقة».
انظر: السلسلة خ. ورقة: 72 ـ ب، 74 ـ ب، والمنثور في القواعد 1/ 382، ومغني المحتاج 2/ 40، وقليوبي وعميرة 2/ 186-187.

(2) (كما لا يحرم) مكرر في /أ.

(3) في /أ: (المن).

(4) لأنه لا يجب عليه قبول هذه الهبة بالاجماع.
انظر: مغني المحتاج 1/ 91، وقليوبي وعميرة 1/ 81.

(5) فلا يجوز له التيمم إذا وهب له ماء؛ لأنه يجب عليه القبول على الأصح.
انظر المرجعين السابقين.

(6) في /ج: (وإذا حرم).

(7) (الجمع) ساقط من /أ.

(8) في /ج: (لم يجوز).

(9) (لا على الأخرى) ساقط من /أ.

(10) وذلك إذا عقد عليهما معاً.
انظر: الأم 5/ 5-6، ومختصر المزني / 168-169.

(11) انظر: مختصر المزني / 176، وتتمة الإبانة. خ. ج 7. ورقة: 267 ـ أ.

الطول المقترن بالنكاح[1]، وأن الردة العارضة والردة المقارنة[2] بالنكاح سواء في المنافاة[3].

والفرق بينهما: أن الرجل إذا عقد عقداً وله مقصود معلوم بذلك العقد فمقتضى العقد أن يتوفر عليه مقصوده، والثروة والميسرة من مقاصد[4] النكاح في ميعاد الله سبحانه وتعالى، قال الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾[5]، فلو رفعنا هذا النكاح باليسار المعترض لكنا قد رفعناه لمقصوده وذلك محال، ولو جاز رفع هذا العقد - كما قال المزني - لما صح لحر في الدنيا نكاح مملوكة؛ لأنا نشترط[6] الخوف من العنت في جواز نكاح الأمة، [كما نشترط الفقر، ولا يتصور أن يعقد[7] نكاح الأمة][8] إلا مستفيداً بنفس العقد أمنا[9] من العنت فأما الارتداد، فليس من مقاصد النكاح؛ لأن الرجل لا يتزوج امرأة ليرتد، ويتزوجها ليصير بها آمناً من العنت والزنا[10]، غنياً بما وعده الله.

اعتراض قاله المزني - رحمه الله -[11]: اعلم[12] أن الشافعي - رحمه الله - قال في باب العيوب التي يثبت بها خيار فسخ النكاح: «وما جعلت له من الخيار[13] في

(1) فالطول العارض عند الشافعي لا يفسخ النكاح. وهو الصحيح.
انظر: الأم 5/ 157، ومختصر المزني / 170، والمنثور في القواعد 2/ 350.
(2) في/ ج: (المقترنة).
(3) انظر: الأم 5/ 48، 57، ومختصر المزني / 173، والتتمة. خ. ج 7. ورقة: 267 - أ.
(4) في /أ: (والثروة والميسرة في مقصد).
(5) ﴿وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ﴾ النور: آية (32).
(6) في /أ: (إلا باشتراط).
(7) في /أ: (العقد). ولا تستقيم العبارة بذلك. ولعل الصواب ما أثبت.
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(9) في /أ: (أما).
(10) في / ج: (أمناً من الزنا).
(11) (اعتراض. قاله المزني - رحمه الله -) ساقط من / ج.
(12) في / ج: (ثم اعلم).
(13) في /أ: (في الخيار).

عقد النكاح، ثم حدث بها فله الخيار، لأن[1] [ذلك المعنى قائم فيها لحقه في ذلك وحق الولد»[2]. فجعل الشافعي ـ رحمه الله ـ العيب[3] العارض في إثبات الخيار][4]، كالعيب[5] المقترن بالعقد، فقال المزني ـ رحمه الله ـ: «كذلك ما يفسخ به عقد نكاح الأمة من الطول إذا حدث بعد النكاح فسخه؛ لأنه المعنى الذي يفسخ النكاح»[6].

يقال له: الفرق[7] بين الطول العارض والجذام العارض[8]: ما ذكرنا أن الرجل لا يتزوج امرأة ومقصوده من العقد أن تصير مجذومة، كما يتزوج[9] ومقصوده من العقد أن يصير موسراً، وأيضاً فإن المعترض على دوام النكاح بخلاف[10] المقترن بالنكاح عند انشائه وابتدائه[11].

ألا ترى أن الردة والعدة بالشبهة لو اعترضتا على النكاح بقي النكاح معها[12]،

---

(1) في /أ: (لأنه).
(2) انظر: مختصر المزني /176، والأم 5/ 85.
(3) في /جـ: (العنت) وهو تصحيف.
(4) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(5) في /جـ: (كالعيب) وهو تصحيف.
(6) انظر: مختصر المزني /176.
(7) في /جـ: (والفرق).
(8) وهو أحد العيوب.
(9) في /أ: (كما يتزوجها).
(10) في /أ: (خلاف).
(11) هذا الضابط داخل في قاعدة يعبر عنها بقولهم: «يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء».
انظر هذه القاعدة وبعض صورها في المنثور في القواعد 3/ 374، والقواعد للحصني القسم الأول 2/ 655، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني /406، والأشباه والنظائر للسيوطي /186.
(12) في /جـ: (ألا ترى أن العدة بالشبهة لو اعترضت على النكاح بقي النكاح معها وكذلك الردة).

ولو اقترنت بابتداء النكاح منعت[1] صحة النكاح[2].



(1) في / جـ: (منعته).

(2) فالعدة تمنع ابتداء النكاح ولو طرأت عدة شبهة على منكوحة لم يبطل نكاحها، وأما الردة، فهي تمنع ابتداء النكاح، ولا تقطعه في الحال، بل بعد العدة، فإن انقضت العدة قبل أن يرجع المرتد إلى الإسلام فسخ النكاح وإن رجع قبل انتهاء العدة فالنكاح ثابت.
انظر: الأم 5/ 48، ومختصر المزني / 173، والمنثور في القواعد 2/ 348، والقواعد للحصني القسم الأول 2/ 655، والتتمة. خ. جـ 7. ورقة: 267 ـ أ.

مسائل نكاح المشركات[1]

مسألة (465): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا أسلم رجل وأسلمت معه امرأة كانت في الشرك قد طاوعته بغير نكاح وخرجت عن زوج كان لها فرقنا بينهما ولم يجز تقريرهما على حالتهما»[2] .

وقال أيضاً: «لو أسلم رجل وأسلمت معه امرأة[3] كان قد نكحها بغير صداق، أو أصدقها[4] صداقاً ومنعها إياه، فلا صداق لها»[5] . فجعل الشافعي ـ رحمه الله ـ منع[6] / صداقها في الشرك بمنزلة[7] [إبرائها فأسقطه، ولم يجعل منع المرأة نفسها ومطاوعتها غير زوجها بمنزلة][8] النكاح. **(218/أ)**

وإنما كان كذلك؛ لأن الشافعي ـ رحمه الله ـ ينظر في ذلك إلى[9] الأسباب التي يعتقدونها[10] في الشرك أسباب التملك[11]، والنكاح، وأسباب الإسقاط في الحقوق، ومعقول[12] أنهم يعدون الغلبة والقهر في الأموال سبب التملك[13]، ولا يزال بعضهم يقهر بعضاً، ويعدون الامتناع عن أداء الديون سبباً في الإبراء

(1) (مسائل نكاح المشركات) ساقط من / أ.
(2) انظر: الأم 5/ 55.
(3) (امرأة) ساقط من / أ.
(4) في / أ: (وكان قد نكحها بغير صداق وأصدقها).
(5) انظر: الأم 5/ 56.
(6) في / أ: (مع).
(7) في / أ: (تم له).
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(9) (إلى) ساقط من / ج.
(10) في / أ: (التي نعتقد فيها).
(11) في / أ: (التمليك).
(12) في / ج: (معقول) بدون الواو.
(13) في / أ: (التمليك).

والإسقاط، كما يعدون الغلبة في الأعيان سبب التملك[1]، ولو أن عبداً منهم استعصى[2] وتمرد واستولى على سيده يستسخره ويستخدمه قهراً وخرجا مسلمين وهذه حالتهما حكمنا بأن السيد عبد[3] لعبده، وأن العبد سيد لسيده[4]، ولا يعدون مطاوعة الزانية للزاني[5] نكاحاً فيما بينهم، ولا غصب النساء نكاحاً فيهن[6]؛ فلهذا[7] قلنا: إنه[8] إذا غصب امرأة[9] أيماً أو ذات زوج ـ فعلاها يفترشها[10] بفجور، ثم خرجا مسلمين لم نحكم بأنها منكوحة له، بل فرقنا بينهما، وإن أراد[11] ابتداء نكاحها كان له ذلك على شرائطه.

فإن قيل: أفتحكمون بانفساخ النكاح[12] إذا راغمت[13] زوجها ونشزت عليه، كما تحكمون بزوال ملك اليمين إذا استعصى العبد على سيده وقهره؟.

---

(1) في /أ: (التمليك).

(2) في /أ: (استغنى).

(3) في /ج: (عبداً).

(4) انظر: روضة الطالبين 12/ 134.

(5) في /أ: (والزاني).

(6) لعل هذا في الغالب، وعبارة الشيرازي في المهذب والتنبيه تفيد أن ليس لهم اعتقاد ثابت قال: «وإن قهر حربي حربية على الوطء أو طاوعته، ثم أسلما، فإن اعتقدا ذلك نكاحاً آخراً أُقرا عليه وإن لم يعتقداه نكاحاً لم يقرا عليه». أ. هـ.
المهذب /54، والنبيه / 165، وانظر: كفاية النبيه. خ. ج 9. ورقة 78 ـ ب، ومغني المحتاج 3/ 192.

(7) في /ج: (فلذلك).

(8) (أنه) ساقط من / ج.

(9) (امرأة) ساقط من /أ.

(10) في / أ: (بفرشها).

(11) في / أ:(فإن أردنا).

(12) في / أ: (فيحكمون باستباحة النكاح).

(13) المراغمة: المغاضبة. يقال: راغم فلان قومه، إذا نابذهم وخرج عليهم. ويقال: امرأة مرغامة: أي مغضبة لبعلها.
انظر: الصحاح 5/ 1934، ولسان العرب 12/ 246.

قلنا: إذا نشزت[1]، فامتنعت[2] نظرنا: فإن خرجت إلى دار الإسلام مسلمة وذلك قبل المسيس بطل النكاح، وكذلك[3] لو لم تخرج إلى دار الإسلام ولكن أسلمت في دار الحرب، وإن كان ذلك بعد المسيس يوقف[4] النكاح إذا أسلمت على العدة، فإن لحقها الزوج بالإسلام في العدة فهما على النكاح وإن أصر على الشرك[5] حتى انقضت العدة بان لنا أن النكاح قد انفسخ بإسلامها يوم أسلمت[6].

فأما العبد إذا استسخره سيده وقهره وهما جميعاً في دار الحرب فقد زال ملك اليمين قبل الخروج إلى دار الإسلام.

والفرق بين الملكين: ما ذكرنا من[7] أنهم يعدون القهر [في الرقاب وفي الأموال سبباً للملك؛ ولزوال الملك، ولا يعدون القهر][8] في المناكح سبباً لزوال النكاح وانعقاده.

مسألة (466): اعتبر الشافعي ـ رحمه الله ـ حالة اجتماع الإسلام في نكاح المشركات، فقال على هذا الأصل: «إذا أسلم وأسلمت[9] أمة كانت تحته وهو عند اجتماع إسلامهما[10] موسراً وآمن[11] من العنت، فليس له إمساك تلك الأمة [بعقد الشرك، كما ليس له ابتداء نكاحها»[12]، وقال: / «لو أسلم وكانت تحته حرة وأمة، فأسلمت الحرة قبل **(218/ب)**

(1) في / أ: (إذا شرب).
(2) في / ج: (وامتنعت).
(3) في / أ: (ووكذلك).
(4) في / أ: (فوقف).
(5) في / أ: (على الشرا).
(6) انظر: الأم 5/ 44-45، 49، والتنبيه / 164، وروضة الطالبين 7/ 143.
(7) (من) ساقط من / ج.
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(9) في / ج: (أو أسلمت).
(10) في / أ، ج: (اسلامها) والصواب ما أثبت.
(11) في / أ: (موسراً وإن).
(12) انظر: الأم 5/ 50، ومختصر المزني / 171.

الأمة][1] وماتت، ثم أسلمت الأمة في العدة وهو عند اجتماع إسلامهما[2] خائف من الزنا عادم للطول[3] فليس له إمساك تلك الأمة»[4].

وإنما كان كذلك لأصل ممهد في هذا الباب وهو: «أن كل امرأة أسلمت بعد إسلام زوجها، أو معه، أو قبله[5]، ثم أسلم بعدها فماتت كانت محبوسة[6]. عليه في حق عقده، وكانت بمنزلة الحية الباقية»، لأنها قد اجتمعت[7] معه في النكاح والإسلام.

ألا ترى أن رجلاً لو كان تحته خمس نسوة فأسلم، وأسلمت واحدة منهن فاختار إمساكها، ثم ماتت، ثم أسلم[8] الأربع الباقيات لم يكن له إمساكهن جميعاً، وإنما كان له إمساك ثلاث منهن[9]، وليس له أن يقول: هن أربع، وليس لي سواهن زوجة اليوم فأمسكهن جميعاً بل يقال له: ليس لك أن تمسك بعقد[10] الشرك أكثر من أربع، وقد أمسكت واحدة فصارت محبوسة[11] عليك، فهي كالباقيات وإن كانت ميتة، فكذلك في مسألتنا هذه إذا أسلم وأسلمت الحرة زوجة له صارت

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(2) في / ج: (إسلامها).

(3) في /أ: (الطول).

(4) قال الشافعي: «ولو أسلم وعنده أمة وحرة، أو إماء وحرة، فاجتمع إسلامهن في العدة فنكاح الإماء مفسوخ والحرة ثابت معسراً يخاف العنت كان أو غير معسر ولا بخائف للعنت؛ لأن عنده حرة فلا يكون له ابتداء نكاح أمة بحال. ولو كانت المسألة بحالها فطلق الحرة ـ قبل أن تسلم، أو بعدما أسلمت وقد أسلم أو لم يسلم ـ ثلاثاً وكان معسراً يخاف العنت، ثم اجتمع إسلامه وإسلام الإماء وقف نكاحهن فإن اجتمع إسلامه وإسلام الحرة في عدتها، فنكاح الإماء مفسوخ والحرة طالق ثلاثاً». أ. هـ. الأم 5/ 51.

(5) في /أ: (اقبله).

(6) في / ج: (محسوبة).

(7) في /أ: (احتجت).

(8) في /أ: (أسلمت).

(9) انظر: كفاية النبيه. خ. ج 9 ورقة: 77 ـ أ.

(10) في /أ: (وليس لك تمسك بعد).

(11) في /ج: (محسوبة).

دافعة للأمة، فإذا أسلمت الأمة فقد أسلمت مدفوعة بدفع[1] سابق، كالخامسة من الخمس، فلا يرتفع ذلك الدفع المتقدم، هذا معنى قولنا[2]: إن الميتة منهن كالحية الباقية تحته.

فإن قال قائل: أليس قد قال الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ «لو أسلم[3] رجل وأحرم وأسلمت امرأته[4] في حال إحرامه كان له إمساكها» فلو كان الاجتماع في الإسلام معتبراً لما جاز له إمساكها، كما لا يجوز له ابتداء نكاحها مع الإحرام[5].

قلنا: هذه المسألة غير موجودة في كتب الشافعي ـ رحمه الله ـ المشهورة المعروفة، فإن صحت وثبتت[6] روايتها، عنه[7] فكأنه شبه الإمساك في هذه المسألة بالرجعة، وللمحرم أن يراجع زوجته في حالة الإحرام وإن كان ممنوعاً عن ابتداء النكاح[8].

---

(1) في / أ: (برفع).

(2) في / أ: (وهذا المعنى في قولنا).

(3) في / أ: (فإن قيل أليس لو أسلم).

(4) في / ج: (امرأة).

(5) للأصحاب في هذه المسألة طريقان:
الطريق الأول: القطع بالمنع، كما لو أسلم وتحته أمة وهو موسر لا يجوز له إمساكها، ثم من هؤلاء من أول النص بأن قال: النص محمول على ما إذا أسلما معاً، ثم أحرم الزوج.
وإلى هذا ذهب الأنماطي وابن سلمة.
ومنهم من أنكر النص، وهذا قول القفال، قال: تفحصت كتب الشافعي فلم أجده.
الطريق الثاني: ـ وهو الصحيح ـ: أن المسألة على قولين:
أحدهما: المنع.
الثاني: وهو الأظهر واختيار أكثر الأصحاب ـ: الأخذ بظاهر النص؛ لأن عروض الإحرام لا يؤثر، كما في نكاح المسلم، ولأن الإمساك استدامة، فأشبه الرجعة.
انظر: روضة الطالبين 7/ 147-148، والمهذب 2/ 52، والقواعد للحصني القسم الأول 2/ 660.

(6) في / ج: (وثبت).

(7) (عنه) ساقط من / ج.

(8) انظر: الأم 5/ 178-179، والقواعد للحصني القسم الأول 2/ 660، والمجموع 7/ 285.

فإن قيل: أليس قد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو أسلمت المرأة[1] قبل زوجها، فوطئت بالشبه فأسلم الزوج قبل انقضاء العدة جاز له إمساكها»[2]. ومعقول أن ابتداء نكاح المعتدة عن الشبهة ممنوع[3].

قلنا: هذه المسألة منصوصة، ولكن[4] من أصل الشافعي أن المعتدة إذا أصيبت[5] بالشبهة في العدة ولم تحبل[6] كانت العدة عن الشبهة في الذمة، ولا تنقطع عدتها عن النكاح[7]، فكذلك[8] إذا أسلم الزوج بعد الإصابة بالشبهة كان له إمساكها؛ لأنها في بقية عدته[9]، ثم عليها بعد اجتماعهما[10] في الإسلام أن تشرع في عدة الشبهة، وحرام على الزوج وجوه الاستمتاع، كالمنكوحة/ إذا **(219/أ)** أصيبت تحت الزوج بالشبهة[11].

مسألة (467): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ولو أسلم رجل وتحته مشركة وتخلفت وكانت لها أخت مسلمة، فنكحها في الإسلام قبل انقضاء عدة المشركة المتخلفة كان النكاح باطلاً»[12].

(1) (المرأة) ساقط من / أ.
(2) انظر: الأم 5/ 45، وروضة الطالبين 7/ 147.
(3) انظر: قواعد الأحكام 2/ 88، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني / 408، والقواعد للحصني القسم الأول 2/ 655.
(4) في / ج: (لكن) بدون الواو.
(5) في / أ: (العدة إذا أصبت).
(6) في / أ: (ولم تحل).
(7) في / أ: (في النكاح).
وانظر: الأم 5/ 233، ومختصر المزني / 224.
(8) في / أ: (فلذلك قال).
(9) في / أ: (عدتها).
(10) في / أ: (اجتماعها).
(11) فالموطوءة بشبهة لا يستمتع بها الزوج بوطء جزماً، ولا بغيره على المذهب؛ لأنها معتدة من غيره.
انظر: مغني المحتاج 3/ 393، ونهاية المحتاج 7/ 142.
(12) انظر: الأم 5/ 45، ومختصر المزني / 172.

وقال أيضاً: «لو أسلمت امرأة الرجل وتخلف الرجل، فنكح أختها في الشرك قبل انقضاء عدة الأخت[1] كان النكاح موقوفاً، فإن أسلم قبل انقضاء العدة كان النكاح باطلاً، وإن أسلم[2] بعد انقضاء العدة كان النكاح صحيحاً»[3].

والفرق بين المسألتين المنصوصتين: أنه إذا أسلم، فنكح أختاً للمرأة[4] المتخلفة، فقد نكحها وأحكام الإسلام متوجهة عليه، وهو ملتزم لها بالتزام[5] الإسلام، ومن حكم الإسلام أن نكاح الأخت في عدة الأخت باطل[6] إذا كانت المعتدة رجعية، أو كالرجعية[7] [8].

وأما إذا نكح أخت امرأته المسلمة المعتدة والناكح مشرك يوم العقد فإنه في هذه الحالة غير ملتزم لحكم الإسلام؛ فلذلك كان النكاح موقوفاً على ما يكون من عاقبة العدة، فإن أسلم وعدة الأخت باقية، فالنكاح الجديد باطل، وإن كانت منقضية[9]، فالنكاح صحيح[10].

مسألة (468): الحر المشرك إذا كان[11] تحته إماء مشركات، فأسلم معهن[12]، فعتقن ـ وكان عادماً للطول خائفاً من العنت ـ كان له أن يمسك واحدة منهن، ولم يكن له الزيادة في الإمساك على الواحدة[13].

(1) في /أ: (العدة من الأخت).
(2) في /أ: (وإن أسلمنا).
(3) انظر المصدرين السابقين.
(4) في /ج: (أخت المرأة).
(5) في /أ: (بها التزام).
(6) (باطل) ساقط من /أ.
(7) في /أ: (أو كالرلعة).
(8) والذي في معنى الرجعية المتخلفة عن الإسلام، ومرتدة بعد وطء وقبل انقضاء العدة. انظر: مغني المحتاج 3/ 182، ونهاية المحتاج 6/ 280، وروضة الطالبين 7/ 117.
(9) في /أ: (مقتضية).
(10) في / ج: (كان النكاح صحيحاً).
(11) في /أ: (إذا كانت).
(12) في /أ: (بعضهن).
(13) انظر: الأم 5/ 51، ومختصر المزني / 171، ومغني المحتاج 3/ 198.

ولو عتقن، ثم أسلمن كان له أن يمسك أربعاً منهن[1].

والفرق بين الحالين: أنه إذا عتقن[2]، ثم أسلمن، فقد اجتمعا في الإسلام وهن حرائر، والاعتبار بحالة الاجتماع في الإسلام.

ألا ترى أنا نعتبر[3] هذه الحالة في مراعاة وجود الطول وعدمه، ووجود الخوف من العنت[4].

فأما إذا أسلم وأسلمن معه[5]، فعتقن فقد وجدت حالة الاجتماع في الإسلام وهن إماء، وإنما حدث العتق بعد الاجتماع في الإسلام.

مسألة (469): حكى المزني ـ رحمه الله ـ عن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أن الحرة إذا أسلمت تحت العبد ثبت لها خيار الفسخ[6]، كما يثبت الخيار للأمة إذا عتقت تحت عبد[7]، وهذه المسألة إن كانت صحيحة في الرواية عن

---

(1) انظر: الأم 5/ 51، ومختصر المزني / 171، ومغني المحتاج 3/ 198.
(2) في / أ: (إذا أعتقن).
(3) في / ج: (نصبر).
(4) فإذا كان تحته إماء فأسلم، وأسلمن معه اختار واحدة منهن إن كان عادماً للطول، وخائفاً العنت عند اجتماع إسلامه وإسلامهن، وإلا فيندفع نكاحهن.
انظر: روضة الطالبين 7/ 158، ومغني المحتاج 3/ 197.
(5) (معه) ساقط من / ج.
(6) في / أ: (ثبت لها الخيار).
(7) انظر: مختصر المزني / 171-172.
واختلف الأصحاب في النص على طريقين:
الطريق الأول: إجراء النص على ظاهره واثبات الخيار لها؛ لأن الرق نقص في الإسلام من حيث أن الرقيق لا يساوي الحر في الأحكام، وفي الشرك لا يتخير الحر عن الرقيق.
وهذا قول أبي إسحاق المروزي.
الطريق الثاني: عدم اثبات الخيار لها؛ لأنها رضيت به في الكفر ولم يحدث فيها عتق.
وهو قول ابن أبي هريرة، والقاضي حسين، وقال الغزالي: إنه القياس واختيار المزني.
وأول أصحاب هذا الطريق نص الشافعي فقالوا: إن الشافعي أراد به أن المسلمات يثبت لهن حق الفراق، كما لو عتقن تحت عبد.
انظر: المطلب العالي. خ. ج 18 ورقة: 254 ـ أ ـ ب ـ 255 ـ أ.

الشافعي كانت نادرة[1] لا نظير لها[2]، ولا نكاد نجد حرة يثبت لها الخيار تحت المملوك من غير حدوث[3] الحرية فيها، وإنما أثبت الشافعي لها الخيار؛ لأنها إذا كانت في الشرك تحت المملوك كانت غير متضررة بالرق الذي فيه، فإنهم في الشرك لا يفضلون بين الزوج الحر والزوج[4] العبد في النفقة وحقوق / النكاح، فإذا أسلمت توجه عليها بالإسلام وجوه من الضرر، كما يتوجه على الأمة إذا أعتقت تحت الزوج المملوك، منها: أن نفقتها نفقة المعسرين[5]، ومنها: أن سيد المملوك يسافر به أينما شاء، ومنها: أن نفقة أولادها من الزوج المملوك تجب عليها، فهذا فرق بين الحالتين: حالة الشرك وحالة[6] الإسلام. (219/ب)

مسألة (470): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا كان[7] تحت العبد المشرك أربع[8] إماء، فأسلمن، وعتقن، واخترن فراقه كان ذلك لهن»[9].

وقال أيضاً: «لو أسلم قبلهن واخترن فراقه لما أعتقن في الشرك كان لهن الخيار بعد الإسلام ثانياً مستأنفاً»[10].

والفرق: مثل ما سبق[11] في نكاح الأخت في عدة الأخت[12]، وهو: أنهن

(1) في /أ: (ناظرة).
(2) قد يفهم من كلام المؤلف ـ رحمه الله ـ أن المسألة من فقه المزني، كما أشار إلى ذلك ابن الرفعة. انظر: المطلب العالي. خ. ج 18 ورقة: 256 ـ أ.
(3) في /أ: (حدث).
(4) في /أ: (الزوجة).
(5) في /أ: (العسرين).
(6) في /ج: (حاله) بدون الواو قبلها.
(7) في /ج: (إذا كانت).
(8) في /أ: (أربعة).
(9) انظر: الأم 5/ 51، ومختصر المزني / 171.
(10) انظر: مختصر المزني / 171.
(11) في /ج: (والفرق بين المسألتين ما سبق).
(12) سبقت المسألة في ص: 157.

إذا أسلمن، فعتقن، فاخترن[1] الفراق، فقد حصل منهن ذلك[2] الاختيار وهن مخاطبات بأحكام الإسلام ملتزمات لها، فصح[3] منهن ذلك الاختيار.

فأما إذا أعتقن[4] في الشرك والزوج مسلم، فاخترن الفراق، فقد حصل منهن اختيار الفراق في زمان لم يلتزمن[5] فيه أحكام الإسلام؛ فلذلك[6] كان لهن استئناف الخيار بعد الاجتماع في الإسلام.

مسألة (471): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا كان تحت العبد أربع إماء فأسلمن وعتقن واختارت اثنتان منهن الفراق، واثنتان منهن المقام، ثم أسلم المملوك خيرناه فيهن ـ وله منهن اثنتان ـ فإن اختار المختارتين فراقه فعدتهما عدة حرة من وقت اختيارهما فسخ النكاح قولاً واحداً، وإن اختار المختارتين المقام ففي عدة المختارتين الفراق قولان: **أحدهما**: أنها عدة أمة، **والثاني**: أنها عدة حرة». وهو قوله الجديد[7].

والفرق بينهما: أنه إذا اختار المختارتين فراقه بان أنهما كانتا زوجتين له، وأن نكاحهما لم ينفسخ بإسلامهما، وإنما انفسخ[8] باختيارهما فراقه، فطلقتا عقيب[9] الفراق المختار في العدة وهما حرتان، فكانت عدة حرة قولاً واحداً، فأما إذا اختار المختارتين المقام فقد بان أن نكاح المختارتين الفراق إنما انفسخ بإسلامهما وهما يومئذٍ مملوكتان، واختيارهما[10] الفراق لغو، والحرية عارضة في أثناء العدة؛

(1) في /ج: (واخترن).
(2) (ذلك) ساقط من /ج.
(3) في /أ: (فيصح).
(4) في /ج: (إذا عتقن).
(5) في /ج: (لم يلتزم).
(6) في /أ: (فكذلك).
(7) انظر: الأم 5/ 51، ومختصر المزني / 171، 220، والمطلب العالي. خ. ج 18. ورقة: 260 ـ أ.
(8) في /أ: (وإن ما الفسخ).
(9) في /أ: (قطعنا عقب).
(10) في /أ: (واختارهما للفراق).

فلذلك صارت العدة على قولين[1]؛ لأن الشافعي ـ رحمه الله ـ يقول في الرجعية إذا عتقت في خلال عدتها: إنها تبني على عدة حرة [في الجديد قولاً واحداً[2]، وله فيها قولان في القديم[3]، ويقول في البائنة[4] إذا عتقت في خلال عدتها: تبني على عدة أمة][5] في القديم[6]، وله فيها قولان في الجديد[7].

(220 /أ) فمن أصحابنا من جعل القولين في مسألتنا هذه / نظير القولين في البائنة[8] في الجديد، ومنهم من جعلهما نظير القولين في الرجعية في القديم؛ لأنها[9] أخذت شبهاً[10] في الأصلين، فشابهت[11] الرجعية: بأن الزوج متى شاء أسلم فاستبقى نكاحها، وشابهت البائنة[12]: بأن الاجتماع في الإسلام إذا لم يتفق[13] حكمنا بأن النكاح منفسخ[14] من وقت إسلام متقدم الإسلام منهما، بخلاف عدة الرجعية.

مسألة (472): قال الشافعي ـ رحمه الله: «لو اجتمع إسلام العبد وإسلام حرتين في

---

(1) في /أ: (على القولين).
(2) انظر: الأم 5/217، ومختصر المزني /220.
(3) انظر: نهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 226 ـ ب، وبحر المذهب. خ. ج 15. ورقة: 34 ـ ب.
(4) في /أ: (في الثانية).
(5) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(6) انظر المرجعين السابقين.
(7) في /ج: (وله فيها في الجديد قولان).
وانظر: مختصر المزني/220، والمرجعين السابقين.
(8) في /أ: (في الثانية).
(9) في /أ: (لأنهما).
(10) في /أ: (بينهما).
(11) في /أ: (شابهت).
(12) في /أ: (وشابهت مسألة الثانية).
(13) في /أ: (إذا لم يبق).
(14) في /ج: (مفسوخ).

العدة، ثم عتق العبد، ثم أسلمت حرتان في العدة فصرن أربعاً لم يكن له أن يمسك إلا ثنتين[1].

ولو أسلم وأسلمت حرة واحدة منهن، فعتق، ثم أسلم الباقيات كان له أن يمسك الأربع كلهن»[2].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا اجتمع معه حرتان في الإسلام قبل عتقه، ثم عتق، فقد استفاد الحرية بعد التمكن من اثنتين[3] وهما تمام عدد[4] العبيد، فلم يستفد بهذه الحرية زيادة عدد منهن[5] في الإمساك.

فأما إذا عتق بعد إسلام[6] واحدة، ثم أسلم الباقيات فقد استفاد الحرية قبل التمكن واختيار[7] عدد العبيد على الكمال، فكان له أن يمسك أربعاً بعقد الشرك.

ولو أن عبداً[8] طلق امرأته طلقتين، ثم عتق فأراد نكاحها لم يجز له نكاحها لاستكماله عدد طلاق العبيد في زمان الرق[9]، ولو طلقها واحدة، ثم عتق كان[10] له عليها طلقتان؛ لأنه لم يستكمل طلاق العبد حتى استفاد العتق[11]، وهي النكتة التي ذكرناها في هذه المسألة.

مسألة (473): إذا أسلم الرجل وكان[12] تحته أكثر من أربع، فأسلمت واحدة

---

(1) انظر: الأم 5/ 52، ومختصر المزني / 172.
(2) انظر المصدرين السابقين.
(3) في / ج: (مع اثنتين).
(4) في / أ: (وعدد).
(5) في / أ، ج: (منهم) والصواب ما أثبت لأن الضمير راجع إلى مؤنث.
(6) في / أ: (بعد الإسلام).
(7) في / أ: (واعتبار).
(8) في / أ: (العبدا).
(9) على الصحيح، كما قال النووي في الروضة.
انظر: روضة الطالبين 8/ 71، ومغني المحتاج 3/ 294.
(10) في / أ: (كانت).
(11) انظر المرجعين السابقين.
(12) (كان) ساقط من / ج.

منهن فقال[1]: فسخت نكاحها ـ ومراده الطلاق ـ وقع الطلاق، وإن أراد الفسخ كان لفظه لغواً[2]، وكذلك لو قال لأربع هذا القول[3]. ولو أسلم أكثر من أربع فقال: فسخت نكاحهن[4] ـ ومراده الفسخ ـ صح لفظه فيما زاد[5]، [على الأربع، وكلفناه اختيار أربع زوجات وتمييزهن من غيرهن[6].

وإنما][7] فرقنا بين أن يريد الطلاق وبين أن يريد الفسخ؛ لأن الرجل إذا أسلم، وأسلمت[8] واحدة فله اختيار إمساكها قبل إسلام المتخلفات[9]، وفي تطليقه إياها اختيار إمساكها؛ لأن من ضرورة الطلاق اختيار الإمساك[10]، فأما إذا[11] أراد الفسخ فلفظه لغو؛ لأنه يلزمه أن يمسك بعقد الشرك أربعاً[12]، ولو صححنا فسخ الأولى والثانية إلى الرابعة ـ ولم نجعل فسخه إمساكاً ـ لم نأمن أن

(1) في /أ: (فقالت).
(2) في /أ: (لغولا).
(3) انظر: مختصر المزني / 172، وروضة الطالبين 7/ 168، والمطلب العالي خ. ج 18. ورقة: 272 ـ ب ـ 273 أ.
(4) في /أ: (نكاحها).
(5) في /أ: (أراد).
(6) انظر: روضة الطالبين 7/ 168، ومغني المحتاج 3/ 199.
(7) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(8) في /أ: (أو أسلمت).
(9) انظر: المهذب 2/ 53، وروضة الطالبين 7/ 159.
(10) لأن الطلاق إنما يخاطب به المنكوحة.
انظر: روضة الطالبين 7/ 165، ومغني المحتاج 3/ 199.
(11) في /أ: (فإذا).
(12) لقول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لغيلان بن سلمة حين أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية ـ «خذ منهن أربعاً».
أخرجه الترمذي في كتاب «النكاح» باب «ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة» حديث (1128)، وابن ماجة في كتاب «النكاح» باب «الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة» (حديث (1953).

يصبر المتخلفات في الشرك فلا يسلمن حتى تنقضي العدة، فلا يكون ممسكاً بعقد[1] الشرك من لزمه إمساكهن، فلذلك لم يصح فسخه في هذه الحالة.

وإنما فرقنا في تصحيح / الفسخ[2] بين أن يسلم أربع أو دونهن فلا يصح (220/ب) الفسخ، وبين أن يسلم أكثر من أربع فيصح الفسخ في الزيادة على الأربع؛ لأنهن إذا كن في الإسلام خمساً[3] أو سبعاً فاختار فسخ من زاد[4] على الأربع ففي مقابلة المفسوخات أربع للإمساك[5]، وإنما يصح الفسخ إذا كان معه في الإسلام يوم الفسخ سوى المفسوخات أربع زوجات[6] محبوسات بعقد الشرك، وإنما كلفناه التمييز؛ لأنه إذا قال ـ وهن في الإسلام خمس ـ: قد فسخت نكاحهن ـ ومراده[7] الفسخ ـ انفسخ نكاح واحدة لا بفسخه، ولكن بإسلام[8] متقدم الإسلام منهما، وتلك الواحدة غير متعينة فإليه التعيين[9]، كما لو قال لامرأتين: إحداكما[10] طالق: كان التعيين إليه[11].

مسألة (474): إذا أسلم الزوج وتخلفت[12] المشركات فقال على جهة التعليق: كلما أسلمت[13] منهن واحدة فنكاحها مفسوخ ـ ومراده الفسخ ـ كان هذا الكلام

(1) في /أ: (لعقد).
(2) في /أ: (الشبخ).
(3) في /أ: (جميعاً).
(4) في /أ: (من أراد).
(5) في /ج: (الامساك).
(6) في /أ: (وحات).
(7) في /أ: (ومراد).
(8) في /أ: (بالإسلام).
(9) انظر: روضة الطالبين 7/ 168.
(10) في /أ: (احديكما).
(11) انظر: روضة الطالبين 8/ 103، ومغني المحتاج 3/ 305.
(12) في /أ: (وتخلف).
(13) في /أ: (أسلمتا).

لغواً، ولا فرق في حكم الغاية بين الأولى والخامسة[1]، ولو قال: كلما أسلمت واحدة فهي طالق، أو نكاحها مفسوخ ـ ومراده الطلاق ـ كان هذا الكلام صحيحاً[2]، ومتى ما أسلمت واحدة فهي طالق.

والفرق ظاهر وهو: أن الطلاق والعتاق مما يقبل التعليق بالخطر والغرر، [فأما الفسوخ فإنها كالعقود لا تقبل الخطر والغرر[3].

فإن قال قائل: الإمساك لا يقبل الخطر والغرر][4]، ألا ترى أنه لو قال: كلما أسلمت واحدة فقد أمسكتها كان ذلك لغواً[5]، ومن ضرورات الطلاق الإمساك.

فالجواب[6]: أن الإمساك على انفراده[7] لا يقبل الخطر والغرر إذا قصد بالخطر والغرر، فأما إذا صار تبعاً للطلاق، فالطلاق قابل للخطر والغرر، ثم يندرج

---

(1) انظر: مختصر المزني / 172، والمنثور في القواعد 3/ 51، وروضة الطالبين 7/ 167، والمعاياة. خ. ورقة: 107 ـ أ.

(2) على أصح الوجهين.

الوجه الثاني: أنه لا يصح؛ لأن الطلاق يتضمن الاختيار، ولا يجوز تعليق الاختيار بالصفة، فكذلك تعليق ما يتضمنه.

انظر: المعاياة خ. ورقة: 107 ـ أ، وروضة الطالبين 7/ 167.

(3) وذكر الزركشي ضابطاً لم يقبل التعليق، وما لا يقبله فقال: ما كان تمليكاً محضاً لا يدخل التعليق فيه قطعاً كالبيع؛ لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه ولا يتحقق طيب النفس عند الشرط، وما كان حلاً محضاً يدخله التعليق قطعاً، كالعتق، وبين المرتبتين مراتب يجري فيها الخلاف: كالفسخ والإبراء؛ لأنهما يشبهان التمليك، وكذلك الوقف وفيه شبه يسير بالعتق فجرى فيه وجه ضعيف. وأما التعليق في الجعالة والخلع ونحوهما؛ فلأنه التزام يشبه النذر وإن ترتب عليه ملك، وفي الخلع معنى المعاوضة والطلاق» أ. هـ.

المنثور في القواعد 1/ 377-378، وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 376-377.

(4) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(5) انظر: روضة الطالبين 7/ 167، والمطلب العالي. خ. ج 18 ورقة: 274 ـ أ.

(6) في / أ: (الجواب).

(7) في / أ: (على الانفراد).

تحته[1] الإمساك، كما أن البراءة لا تقبل الخطر والغرر، ثم إذا قال للمكاتب: إذا دخلت الدار فأنت حر حصلت البراءة بدخول الدار[2] تبعاً للعتق القابل[3] للخطر والغرر[4].

مسألة (475): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو أن رجلاً تزوج امرأة على أنها حرة بمعنى التوهم فإذا هي أمة فلا خيار له»[5]. وقال في موضع: «لو نكح امرأة على أنها مسلمة بمعنى التوهم فإذا هي كتابية فله الخيار»[6].

والفرق بين المسألتين: أن الرجل إذا تزوج امرأة في بلاد الإسلام على أنها مسلمة فبان أنها كتابية فقد جاء التفريط من جهة الولي والمرأة، لأن الزوج دخل في العقد على ظاهر الحال، والظاهر في بلاد الإسلام نكاح المسلمات وإنكاحهن، ولو

---

(1) في / ج: (تحت).

(2) (بدخول الدار) ساقط من / ج.

(3) في / ج: (تبعاً للعتق القابل للعتق).

(4) انظر: المنثور في القواعد 3/ 378.

(5) قال الشافعي في الأم 5/ 43: «وإذا نكح الرجل الأمة وهو يراها حرة فولده مماليك، وإن شاء طلق، وإن شاء أمسك» أ. هـ. وقد نقله المؤلف ـ رحمه الله ـ بالمعنى.
قال ابن الرفعة في المطلب العالي ـ بعدما ذكر نص وسيط الغزالي ـ «ما قدمه من النص هو ما قال الإمام أن الأئمة نقلوه ومستنده في ذلك أن القاضي قال ـ عند قول الشافعي في المختصر ـ: ولو تزوجها على أنها مسلمة فإذا هي كتابية، وقد رأيت نصه الثاني في الأم في باب العبد يغر من نفسه والأمة تغر من نفسها، وكذلك حكاهما معاً الماوردي في آخر اجتماع الولاء أن العبد إذا خطب المرأة ولم يذكر شيئاً فظنته حراً فلا خيار لها، وإذا نكح الرجل الأمة وهو يراها حرة فولدت فهم مماليك وإن شاء طلق وإن شاء أمسك» أ. هـ.
المطلب العالي خ. ج. 18 ورقة: 303 ـ أ.

(6) انظر: مختصر المزني / 176.
وللأصحاب في هاتين المسألتين طريقان:
أحدهما: تقرير النصين والتفريق بينهما.
الثاني: وهو الأصح كما قال النووي: جعل الصورتين على قولين. أظهرهما لا خيار فيهما. انظر: روضة الطالبين 7/ 186، والمعاياة. خ. ورقة: 108 ـ أ.

(221/أ) أخبر الولي عن كفره[1] لعلم الزوج أن المخطوبة كافرة/ ؛ لأن الكافر لا يكون ولياً للمسلمة، وإنما يكون ولياً للكافرة، فقد تحقق التدليس من جهة الولاية، ولو كان على الولي شعار الشرك وهو[2]: الغيار[3] لاستدل الزوج بذلك على كفر المرأة المخطوبة، ومتى ظهر التدليس ظهوراً بيناً ثبت الخيار، كما يثبت في مسألة التصرية.

فأما إذا تزوجها على توهم أنها حرة فبان أنها أمة فلا خيار له، إذ ليس من جهة[4] الولي تدليس ظاهر وتغرير بيّن، وليس على كل من زوج إخبار الزوج بطريق الولاية، فليس سكوت السيد وكتمانه تفريطاً منه وتدليساً حتى يُثبت له الخيار، وقد كان الزوج غير عاجز عن التأمل.

مسألة (476): المشركون إذا تقابضوا[5] عقود الربا، وأثمان الخمر[6] والخنازير، ثم أسلموا وترافعوا إلينا لم نتعقب ما مضى وعفا الله عما سلف[7]، إلا في مسألة واحدة وهي[8]: أن مشركاً لو باع من مشرك[9] خمراً، أو خنزيراً وقبض المبيع ومطل بالثمن، فقضى عليه حاكمهم بقضاء الثمن، فقضاه بإلزام القاضي إياه، ثم تحاكما، أو أسلما، فقد قال بعض أصحابنا: له أن

---

(1) في /أ: (عن كفر).
(2) في /أ: (وهي).
(3) الغيار: بكسر المعجمة علامة أهل الذمة. وهو: أن يخيطوا على ثيابهم الظاهرة ما يخالف لونه لونها، وتكون الخياطة على الكتف دون الذيل، وذلك للتميز.
انظر: القاموس المحيط 2/ 106، وروضة الطالبين 10/ 326، ومغني المحتاج 4/ 256.
(4) في /أ: (من جهته).
(5) في /أ: (نقابطوا).
(6) في /أ: (العقود).
(7) انظر: روضة الطالبين 7/ 153، والمطلب العالي خ. جـ 18 ورقة: 237 ـ ب، والمنثور في القواعد 3/ 18.
(8) في /أ: (وهو).
(9) (لو باع من مشرك) ساقط من /أ.

يسترجع المقبوض[1].

والفرق بين هذه المسألة وبين نظائرها: أن التقابض في نظائرها كان على جهة التراضي من الجانبين[2]، لا على جهة الإجبار والإلزام، فحكمنا بأن ما فات بالقبض فلا رجوع فيه، كما لا يعترض على أنكحتهم الثابتة بالشروط الفاسدة، فأما في المسألة[3] الثانية فإنه سلم الثمن باجبار وإلزام[4] من جهة القاضي، لا على جهة الطواعية، فكان له أن يسترجع ذلك الثمن بعد إسلامهما، أو ترافعهما[5].

مسألة (477): إذا كاتب المشرك عبده على الخمر والخنزير، واتفق القبض في بعض الفاسد قبل الإسلام، ثم أسلما فسلم إلى سيده في الإسلام بقية العوض الفاسد عتق عليه[6] وعليه جميع قيمته لسيده[7].

ولو نكح في الشرك على خمر، أو خنزير وسلم إليها بعض المهر الفاسد، ثم أسلما نظر[8]: فإن كان المسلم نصف الفاسد، فعليه نصف مهر مثلها، وإن كان[9] ثلثاً فعليه الثلثان[10].

والفرق بين النكاح والكتابة: أن منافع البضع في النكاح مقابلة بالمهر[11]،

---

(1) وممن قال بذلك القاضي حسين.
والمذهب: لا يجب الرد.
انظر: روضة الطالبين 7/ 153، والمطلب العالي. خ. ج 18 ورقة: 238 ـ أ.

(2) في / ج: (من الحالتين).

(3) في / أ: (في هذه المسألة).

(4) في / ج: (بالاجبار والالزام).

(5) في / ج: (وترافعهما).

(6) (عليه) ساقط من / ج.

(7) انظر: روضة الطالبين 12/ 222-223، والتهذيب خ. ج 4 ورقة: 315، والمنثور في القواعد 3/ 18.

(8) في / ج: (نظرنا).

(9) في / أ: (فإن كان).

(10) انظر: روضة الطالبين 7/ 153، ومغني المحتاج 3/ 194.

(11) في / أ: (المهر).

ويتصور في المهر التبعيض بالتنصيف في بعض الأحوال؛ فلهذا بعضنا[1] وقسطنا مهر (221/ب) المثل على المسمى الفاسد، فإذا كانت قبضت النصف بقي لها النصف/ .

فأما العتق في الكتابة، فجميعه يحصل دفعة واحدة عقيب الأداء، ولا يتصور في عوضه[2] التنصيف، والتقسيط كما يتصور[3] في منافع البضع، فلما حصل جميع العتق في الإسلام بأداء[4] البقية وجب جميع العوض عليه للسيد.

مسألة (478): إذا تزوج رجل امرأة على شرط أن لا يصيبها، فإن كان الشرط [للمرأة على الرجل، فالنكاح باطل، وإن كان الشرط][5] للرجل على المرأة، فالنكاح صحيح[6] .

والفرق بينهما: ما قال الربيع بن سليمان المرادي: أنها إذا شرطت هذا الشرط على الزوج، فقد شرطت منع مقصود النكاح؛ لأن استباحة البضع مقصود النكاح، فأما إذا كان الشرط للرجل على المرأة، فذلك الشرط غير متضمن منع المقصود، ولكنه ملائم لموضوع العقد؛ لأن الزوج في الإصابة مخير أبداً إن شاء

(1) في /ج: (فبعضنا).
(2) في /أ: (في عرضه).
(3) في /أ: كما لا يتصور).
(4) في /أ: (أداء).
(5) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(6) للشافعي ـ رحمه الله ـ في هذه المسألة نصان مختلفان:
أحدهما: بطلان النكاح.
والثاني: صحته.
فاختلف الأصحاب فيهما على ثلاث طرق:
إحداها: قاطعة بالبطلان كيف كان الشرط من الزوج، أو الزوجة.
الثانية: قاطعة بخلاف فيه كيف كان الشرط من الزوج، أو الزوجة.
الثالثة: ما قاله الربيع تنزيل النصين على حالين، كما ذكر المؤلف ـ رحمه الله ـ قال النووي وهو المذهب.
انظر: روضة الطالبين 7/ 127، ومطالع الدقائق 2/ 229، والمعاياة خ. ورقة: 104 ـ أ، والمطلب العالي خ. جـ 19 ورقة: 106 ـ ب ـ 107 ـ أ.

[أصابها وإن شاء أعرض عنها، واشتراط ما هو مقتضى العقد غير معترض][1] على العقد[2].

مسألة (479): المغرور بالأمة إذا غرم لسيدها قيمة الولد رجع بها على الغار قولاً واحداً[3]، وإذا غرم مهر مثلها لم يرجع به على الغار في أحد القولين[4].

والفرق بينهما: أن التلف الذي حصل في الولد[5]، [بالحرية إنما حصل على جهة الحكم للشبهة في الغرور، ولم][6] يحصل من جهة الزوج إتلاف على جهة الفعل، ولولا[7] التغرير[8] لما حصل التلف بالحرية، فكان للزوج أن يرجع على من كان التغرير من جهته، فأما تلف البضع، فإنه[9] حصل على جهة الفعل؛ لأن الاستهلاك تحقق[10] من جهة الزوج، فاستقر الغرم فيما تحقق منه استهلاكه[11].

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.

(2) انظر: قاعدة: «الشرط إما أن يقتضيه العقد، أو لا؟» في القواعد القسم الأخير 2/ 781-785، والشرح الكبير 8/ 204-206.

(3) انظر: الأم 5/ 86، وروضة الطالبين 7/ 188، والغاية القصوى في دراية الفتوى 2/ 742، والمطلب العالي خ. ج 18 ورقة: 306 ـ أ.

(4) وهو الأظهر.
والقول الثاني: يرجع به. وهو القول القديم.
انظر: روضة الطالبين 7/ 181، 188، ومغني المحتاج 3/ 205، 209، والمطلب العالي خ. ج 18 ورقة: 306 ـ أ.

(5) في / ج: (بالولد).

(6) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(7) في / ج: (لولا) بدون الواو قبلها.

(8) في / أ: (الغرر).

(9) في / ج: (فقد).

(10) في / أ: (لأن الاستهلاك بالاسيما).

(11) فلا يرجع به حتى لا يجمع بين العوض والمعوض، وفرق القاضي أبو الطيب بينهما: بأنه دخل في العقد على أن يكون الوطء مضموناً عليه، فلو رجع به خرج عن أن يكون مضموناً عليه، ولا كذلك الولد، فإنه دخل في العقد على أن لا يضمنه ما ثبت له الرجوع بقيمته؛ ليتم له ما دخل عليه.
انظر: المطلب العالي. خ. ج 18 ورقة: 306 ـ ب.

مسألة (480): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا كانت الأمة[1] هي الغارة رجع الزوج عليها إذا أعتقت، ولا يرجع عليها في زمان رقها»[2].

وقال أيضاً: «المكاتبة إذا كانت هي الغارة رجع عليها بقيمة الولد في أيام كتابتها»[3].

[**والفرق بينهما**: أن المكاتبة مالكة لمالها ملك مثلها.

ألا ترى أنها لو جنت جناية كانت تلك الجناية غرماً عليها في أيام كتابتها][4]، وكذلك ما التزمت من أثمان[5] الأموال في العقود الصحيحة والفاسدة[6]، ولو أن الأمة اشترت[7] شيئاً بعقد فاسد، واستهلكته لم يكن للبائع عليها سبيل ما دامت رقيقة، ولكن يتبعها بالقيمة بعد الحرية[8].

مسألة (481): الغرور إذا صدر من جهة [المكاتبة لم يتصور الرجوع بالمهر[9]، وإذا كان الغرور من جهة][10] الأمة تصور الرجوع بالمهر [على أحد القولين[11].

---

(1) في / ج: (الأمة إذا كانت).
(2) انظر: الأم 5/ 43، 86، ومختصر المزني / 177.
(3) انظر: مختصر المزني / 177، والأم 5/ 86.
(4) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(5) في / أ: (في أثمان).
(6) انظر: الأم 5/ 86، ومختصر المزني / 177.
(7) في / ج: (إذا شترت).
(8) انظر: الشرح الكبير 9/ 143-144، وروضة الطالبين 3/ 573.
(9) انظر: روضة الطالبين 7/ 189، والمطلب العالي خ. ج 19. ورقة: 1 ـ أ.
(10) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(11) تقدم.
راجع ص: 171 ت: 4، وانظر: المهذب 2/ 50، وحلية العلماء 6/ 416.

والفرق بينهما][1]: أن المكاتبة[2] إذا كانت هي الغارة[3] فلا مهر لها[4] على قول من يتصور[5] الرجوع بالمهر[6]، لأنها هي المستحقة/ للمهر، فلو غرمناها[7] (222/أ) لما أعطيناها، إذ لا فائدة في التسليم والاسترجاع.

فأما الأمة فليست هي[8] المستحقة للمهر، وإنما السيد هو المستحق والأمة[9] الغارة هي المرجوع عليها.

وما ذكر الشافعي ـ رحمه الله ـ من الرجوع على المكاتبة الغارة بالغرم فإنما ذكره في قيمة الولد[10]، وإنما يستقيم ذلك في قيمة الولد على القول الذي يقول: إن ولد المكاتب عبد قن للسيد، وهذا القول في «الأم»[11]، ليس بمنصوص المختصر[12]، وعلى[13] القول الذي يقول: ولد المكاتبة تبع للأم يعتق

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(2) في / ج: (والغرور إذا صدر من المكاتبة).

(3) في / أ: (على الغارة).

(4) في / أ: (فلا مهرها).

(5) في / ج: (من صور).

(6) (الرجوع بالمهر) ساقط من / ج.
والقول بالرجوع هو القول القديم للشافعي. راجع ص: 171 ت: 4.

(7) في / أ: (فلو أعطيناها).

(8) (هي) ساقط من / أ.

(9) (الأمة) ساقط من / أ.

(10) نقله المؤلف عن الشافعي في المسألة السابقة، ونص الشافعي في مختصر المزني/ 177: «وإن كانت هي الغارة رجع عليها به إذا عتقت إلا أن تكون مكاتبة فيرجع عليها في كتابتها؛ لأنها كالجناية» أ. هـ.
وانظر: الأم 5/ 86.

(11) (في الأم) ساقط من / ج.
ونصه في الأم 8/ 58: «وقد قيل: ما ولدت المكاتبة فهم رقيق؛ لأن أمهم لم تكن حرة، والقول الأول أحب إليّ» أ. هـ.

(12) في / ج: (في المختصر).

(13) في / أ: (أو على).

بعتقها[1] ولكن الحق فيه للسيد، لا للأم: فيتصور الغرم على هذا القول أيضاً، فأما إذا قلنا: الولد تبع للأم والحق فيه للأم، والأم[2] هي الغارة فلا يتصور غرم قيمة الولد لها، كما لم يتصور[3] غرم المهر لها مع تصور الرجوع[4].

مسألة (482): المكاتبة تحت المغرور بحريتها إذا علقت منه بولد فسقط ميتاً، فليس على الزوج غرم قيمة[5] الولد، وكذلك الأمة القن تحت الزوج المغرور بحريتها[6]، فأما إذا جنى جانٍ على بطنها فسقط الولد ميتاً، فعلى الزوج أن يغرم قيمه الولد[7].

والفرق بين المسألتين: أن الولد إذا سقط ميتاً لم يسقط مضموناً، ولم تثبت[8] له حالة يتصور فيها أن يضمن باليد؛ لأنه انفصل ميتاً؛ فلذلك لم يكن[9] مضموناً،

---

(1) وهو القول الثاني وأحبهما للشافعي وهو الذي نص عليه في المختصر.
انظر: مختصر المزني / 326، وروضة الطالبين 12/ 286.

(2) (والأم) ساقط من / أ.

(3) في / أ: (كما لا يتصور).

(4) لخص ابن الرفعة حكم ولد المكاتبة الغارة فقال: «وأما قيمة الولد منها. **فإن قلنا**: إن ولد المكاتبة قن للسيد فالقيمة له ويرجع عليها بما في يدها، فإن عجزت ثبت في ذمتها. **وإن قلنا**: إن حكمه حكمها. فينبني على أنه إذا قتل فلمن تكون قيمته. وفيه قولان. **أحدهما**: للسيد فعلى هذا يكون للسيد. **والثاني**: لها تستعين به في أداء النجوم. فعلى هذا لا رجوع لها بقيمة الولد إذ لا معنى للدفع إليها، ثم الاسترجاع منها» أ. هـ.
كفاية النبيه. خ. جـ 9 ورقة: 65 ـ ب، وانظر: روضة الطالبين 7/ 189-190.

(5) (قيمة) ساقط من / جـ.

(6) انظر: روضة الطالبين 7/ 190، والمطلب العالي خ. جـ 18. ورقة: 305 ـ ب، وكفاية النبيه خ. جـ 9 ورقة: 64 ـ ب.

(7) **وقيل**: لا يغرم، إذ لا قيمة للميت، والصحيح الأول كما قال النووي.
انظر: روضة الطالبين 7/ 190، وكفاية النبيه خ. جـ 9. ورقة: 64 ـ ب، والمطلب العالي خ. جـ 19. ورقة: 2 ـ أ.

(8) في / أ: (ولم ثبت).

(9) في / أ: (فلذلك كان لم يكن).

أما إذا جنى[1] جانٍ على بطنها فعلى الزوج قيمة الولد، ثم يرجع على عاقلة الجاني؛ لأن عاقلة الجاني ضامنة للغرة، فصار في التقدير كأنه سقط حياً، ثم صار مقتولاً، والواجب على الزوج حينئذٍ أن يغرم الأقل من قيمة[2] الغرة[3]، أو عشر قيمة الأم[4]، لا يجاوز[5] مقدار الغرة والزيادة[6] ساقطة[7]، لأنا إنما ألزمناه الغرم بسبب وجوب الغرة، ولا سبيل إلى تقويم الولد الميت[8]؛ فلذلك عدلنا إلى عشر عوض الأم، كما عدلنا في جنين الأمة إلى عشر عوض الأم، غير أن الأم إذا كانت مملوكة والجنين مملوكاً اعتبرنا عشر قيمة الأم[9]، وإن كان[10] الجنين حراً اعتبرنا عشر الدية ـ أي[11] دية أم حرة ـ تقديراً لكون الجنين الحر معتبراً بحكم الحرية، والمملوك معتبراً بحكم الرق[12].

مسألة (483): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في الأم: «لو أن[13] أمة أعتقت ولم تعلم

---

(1) في /أ: (لأنا إذا جنى).

(2) (الأقل من قيمة) مكررة في /ج، وفي /أ: (الأقل من قيمته).

(3) التي سلمت له. و(الغرة) ساقط من /أ.

(4) في /ج: (أو عشر عوض الأم).

(5) (لا يجاوز) ساق من /أ.

(6) في /أ: (فالزيادة).

(7) على أحد الوجهين.

الوجه الثاني: ـ وهو الأصح كما قال النووي ـ أنه يغرم للسيد عشر قيمة الأم، فإن هذا القدر هو الذي فات بظنه.

انظر: روضة الطالبين 7/ 190، والمطلب العالي. خ. ج 19 ورقة: 2 ـ أ، وكفاية النبيه خ. ج 9 ورقة: 64 ـ ب، 65 ـ أ.

(8) في /أ: (لا سبيل إلى تقويم ولد ميت).

(9) في /ج: (الأمة).

(10) في /أ: (وإذا كان).

(11) (الدية أي) ساقط من /ج.

(12) جعل الشافعي ـ رحمه الله ـ جنين المكاتبة كجنين الحرة في الضمان.

انظر: مختصر المزني / 177، والأم 5/ 86.

(13) في /أ: (وإن).

وكان زوجها مملوكاً، فطلقها زوجها وأكمل الطلاق، ثم بلغها خبر العتق، فإن اختارت الفسخ بان أن الطلاق [غير واقع، وأن النكاح مرتفع بالفسخ لا بالطلاق، وإن اختارت المقام بان أن الطلاق][1] واقع[2]، وقد قال/ (222/ب) الشافعي ـ رحمه الله ـ في امرأة العنين: «إذا طلقها زوجها بعد انقضاء[3] السنة كان الطلاق واقعاً لا محالة»[4]. ولم يجعل لبقاء سلطان الفسخ أثر في منع وقوع الطلاق[5].

وهذه المسألة التي حكيناها عن كتاب الأم[6] شاذة عن أصول المذهب[7]،

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(2) ونصه في الأم 5/ 252: «فإذا عتقت الأمة عند العبد، فلها الخيار فإن أوقع عليها الطلاق بعد العتق قبل الخيار فالطلاق موقوف، فإن ثبتت عنده وقع، وإن فسخت النكاح سقط» أ. هـ.

وذكر النووي في المسألة قولين: أحدهما: ما نص عليه في الأم.

والثاني: ما نص عليه الشافعي في الإملاء: أن الطلاق يقع لمصادفته النكاح، ويبطل الخيار، وقال: إنه الأظهر.

انظر: روضة الطالبين 7/ 193، والمطلب العالي. خ. ج 19 ورقة: 8 ـ ب ـ 9 ـ أ.

(3) في /أ: (انفصال).

(4) قال في الأم 5/ 86: «وأي الزوجين كان له الخيار فمات، أو مات الآخر قبل الخيار توارثا ويقع الطلاق ما لم يختر الذي له الخيار فسخ العقدة، فإذا اختارها لم يقع طلاق، ولا إيلاء ولا ظهار ولا لعان ولا ميراث» أ. هـ.

قال النووي: في وقوع الطلاق ووقفه الخلاف في المسألة الأولى. وقال الشيخ أبو حامد: لا خلاف أنه ينفذ.

انظر: روضة الطالبين 7/ 193، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 692.

والمطلب العالي خ. ج 19. ورقة: 9 ـ أ.

(5) في / ج: (ولم يجعل لها سلطان الفسخ ومنع وقوع الطلاق).

(6) في / ج: (في الأم).

(7) في / ج: (الفقه).

قال ابن الرفعة بعدما نقل نص الشافعي: «قال الإمام ـ يقصد إمام الحرمين الجويني ـ إن الأصحاب اختلفوا فيه فذهب المحقوق إلى مخالفته وقطعوا بنفوذ الطلاق وهو المحكي عن نصه في الأم؛ لأنه ضرر من أهله في محله وليس الفسخ بسبب العتق ينعطف على ما=

وغاية ما ذكروه فيها من المعنى: أن الأمة إذا عتقت ثبت لها[1] حق الفسخ بالعتق الحادث، فلا يجوز[2] إبطال هذا الحق، وإن اعترض على النكاح ما يرفع[3] النكاح، ومثل هذا المعنى ما نقول ـ في أحد القولين ـ في الشريك إذا ثبتت له الشفعة[4]، ولم يعلم حتى قاسم، أو باع نصيبه[5] من تلك الدار، ثم علم: كان له طلب الشفعة السابقة[6].

مسألة (484): إذا أعتق الرجل في مرض موته جارية فأرادت أن تتزوج بأمر وليها الحر من جهة النسب، فقد قال بعض أصحابنا: ليس لها أن تتزوج[7]، ولو أن رجلاً[8] أعتق جاريته[9] في مرض موته، وأراد أن يتزوجها جاز له ذلك

=تقدم، وإنما يتضمن قطع النكاح في الحال فيستحيل أن يؤثر في الطلاق السابق، وهؤلاء يجعلون ما نقله الربيع ذكره الشافعي حكاية عن مذهب الغير، وذهب بعض الأصحاب إلى الأخذ به لما في ذلك من ابطال حقها من الفسخ بعد ثبوته وهذا ما حكاه الماوردي عن الشيخ أبي حامد إلحاقاً لذلك بطلاق المرتدة» أ. هـ. المطلب العالي. خ. ج 19. ورقة: 9 ـ أ.

وقال النووي ـ بعدما ذكر القولين ـ: «ومنهم من أنكر القول الأول» أ. هـ روضة الطالبين 7/ 193.

(1) (لها) ساقط من / أ.

(2) في / أ: (ولا يجوز).

(3) في / أ: (ما يدفع).

(4) في / ج: (ثبت له شفعة).

(5) في / أ: (ولم يعلم حتى قاسم فصار جار أو باع نصيبه).

(6) والأصح: بطلان حقه لزوال سببها.
انظر: روضة الطالبين 5/ 111، ومغني المحتاج 2/ 308-309.

(7) وهو قول ابن الحداد. ووافقه على هذا جماعة. منهم: ابن كج.
انظر: روضة الطالبين 7/ 106-107، 234، ومغني المحتاج 3/ 174، والتتمة. خ. جـ 7. ورقة: 226 ـ ب، 227 ـ أ.

(8) في / أ: (فلو أن رجلاً).

(9) في / أ: (جارية).

والقاضي يزوجها إياه[1].

والفرق بين أن يتزوجها معتقها وبين أن يتزوجها أجنبي: أن[2] الأجنبي إذا تزوجها بتزويج[3] ولي النسب لم نأمن أن يظهر على الميت دين يستغرقها، فتعود رقيقة، ولا ولاية[4] لولي النسب على رقيقة، فتبين أن النكاح الذي عقده ولي النسب باطل، فأما إذا كان السيد المعتق هو المتزوج، فلا تخلو[5] من حالين: إما أن يظهر عليه دين أو لا يظهر، فإن لم يظهر[6] عليه دين فقد أصاب منكوحته[7] والنكاح صحيح، وإن ظهر عليه دين فقد أصاب مملوكته.

فإن قال قائل: الإصابة في هذه المسألة مع هذا التردد والتميل يجب أن يكون حراماً، كما قال الشافعي ـ رحمه الله فيمن اشترى زوجته بشرط الخيار ثلاثة أيام ـ: «فليس له أن يصيبها في زمان الخيار؛ لأنه لا يدري أيطأها منكوحته أو يطأ مملوكته»[8]. فما الفرق بين هاتين المسألتين؟.

قلنا: **الفرق بينهما**: أن الملك في زمان الخيار ملك ضعيف اقترن به هذا التردد والتميل، فلما اجتمع ضعف الملك وتردد الاحتمالين لم يجز له الوطء ما دامت هذه الحالة باقية[9]، فأما في المسألة الأخرى فإن ملك اليمين كان على الكمال قبل العتق، وإذا أعتقها فنكحها فإن صح النكاح كان ملك البضع[10] بالنكاح ملكاً على

---

(1) في /أ: (ايه).
وهذا هو القول الصحيح.
وحكى الحناطي والشيخ أبو علي وجهاً: أنه لا يجوز له نكاحها.
انظر: روضة الطالبين 7/ 234، والمطلب العالي خ. ج 19 ورقة: 67 ـ ب.
(2) في /أ: (لأن).
(3) في /أ: (بتزوج).
(4) في /أ: (ولا ولي).
(5) في /أ: (ولا يخلوا).
(6) (فإن لم يظهر) ساقط من /ج.
(7) في /أ: (منكوحة).
(8) انظر: الأم 5/ 252، والمنثور في القواعد 3/ 337.
(9) في /أ: (فلم يجز له الوطء ما دامت هذه الحالة باقية فيه لم يجز له استباحة الوطء).
(10) في /أ: (كان بضع الملك).

الكمال؛ لأن الملك في النكاح لا يكون متردداً، كما يكون ملك الشراء متردداً / (223/أ) أيام[1] الخيار، فتردد وطؤه إياها بين ملكين كاملين، وتردد الوطء في النكاح الثاني بين[2] ملك كامل وبين ملك ضعيف؛ فلذلك افترقت المسألتان.

وقد قال بعض مشايخنا: إذا أعتقها، فزوجها وليها الحر من جهة النسب كان النكاح صحيحاً [في ظاهر الحكم، كما كان صحيحاً][3] في المسألة الأخرى، فإن ظهر دين استأنفنا له حكماً آخر فحكمنا حينئذٍ بفساد النكاح في المسألتين جميعاً[4].

مسألة (485): الشريكان إذا أعتقا جارية فليس لأحدهما أن ينفرد بتزويجها حتى يتراضيا ويتفقا، وكذلك لو أعتق أحدهما نصيبه وهو معسر فأراد المعتق والشريك الثاني معاً تزويجها جاز لهما ذلك، وإن أراد أحدهما أن ينفرد بالتزويج لم يجز له الانفراد[5]، وليسا كأولياء النسب والدرجة[6] واحدة فأيهما أراد تزويجها برضاها كان له تزويجها[7].

والفرق ظاهر وهو: أن الولاء غير ثابت لكل واحد منهما على جميعها، وإنما يثبت له الولاء على بعضها، وشرط صحة تزويجها ثبوت الولاية على جميعها، بخلاف أولياء النسب، فإنه[8] ما من ولي[9] من أولياء النسب إلا وولايته ثابتة على

---

(1) في /أ: (بامر).

(2) (بين) ساقط من /أ.

(3) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.

(4) وهذا قول ابن سريج، وأبو زيد المروزي.
انظر: روضة الطالبين 7/ 107، والتتمة. خ. ج 7 ورقة: 227 ـ أ.

(5) انظر: التتمة خ. ج 7 ورقة: 205، والبيان خ. ج 5. ورقة: 180 ـ أ، وروضة الطالبين 7/ 61.

(6) في /أ: (والزوجة).

(7) انظر: البيان خ. ج 5. ورقة: 180، والمطلب العالي خ. جـ 18. ورقة: 121 ـ ب، 122 ـ أ، وروضة الطالبين 7/ 87.

(8) (بخلاف أولياء النسب فإنه) ساقط من /ج.

(9) في /ج: (وما من ولي).

جميعها، ومثل ذلك لا يتصور في شركاء الولاء إذا كانت صورة الولاء ما صورنا من عتق المباشرة.

فأما إذا مات رجل وخلف معتقة وأولاداً[1] ذكوراً فزوجها ـ برضاها[2] ـ واحد من البنين دون الآخرين فالنكاح صحيح لازم[3]، كما يصح في النسب؛ لأن كل واحد منهم[4] ولي كامل في الولاء.

ألا ترى أن كل واحد منهم يستغرق[5] بالميراث[6] ولاءها[7]، كما يستغرق بالميراث ولاءها[8] إذا ماتت ولم يبق إلا واحد من أبناء السيد، واشتراكهم عند اجتماعهم كاشتراك الإخوة والأعمام عند اجتماعهم.

مسألة (486): ولاية الأب في قبول النكاح على ابنه الصغير باقية ببقاء الصغر[9]، فإذا بلغ رشيداً زالت هذه الولاية[10]، وليس السيد كذلك في عبده على قول جواز الإجبار[11]، فإنه[12] يجبر العبد البالغ فيقبل النكاح عليه، كما

(1) في /أ: (أولاداً) بدون الواو.
(2) (برضاها) ساقط من /أ.
(3) انظر: روضة الطالبين 7/ 61، والبيان. خ. جـ 5. ورقة: 180 ـ ب، والتتمة خ. جـ 7 ورقة: 205 ـ أ.
(4) (منهم) ساقط من /أ.
(5) في /جـ: (أن كل واحد يستوعب).
(6) في /أ: (الميراث).
(7) فلو أعتق رجل عبداً، ومات عن ابنين، فولاء العتق لهما.
انظر: روضة الطالبين 12/ 175، والبيان خ. جـ 5 ورقة: 106 ـ ب.
(8) (كما يستغرق بالميراث ولاءها) ساقط من /أ.
(9) في /أ: (الصغير).
(10) انظر: روضة الطابين 4/ 177، والمطلب العالي خ. جـ 18 ورقة: 150 ـ ب، 151 ـ أ، والسلسلة خ. ورقة: 107 ـ ب.
(11) في إجبار السيد للعبد البالغ على النكاح قولان:
القول الأول: أنه يجبره. وهو القديم.
والقول الثاني: أنه لا يجبره. وهو الجديد.
انظر: روضة الطالبين 7/ 102، والبيان. خ. جـ 5 ورقة: 202 ـ ب.
(12) في /جـ: (وأنه).

يجبر العبد الصغير فيقبل عليه النكاح[1].

والفرق بين المسألتين: أن إجبار العبد على النكاح بسلطان[2] ملك اليمين، وسلطان الملك لا يختل ببلوغ المملوك، فإن[3] ملكه عليه في الحالين على صفة واحدة، فكانت ولاية الاجبار على صفة واحدة[4]. فأما الأب فإنما يجبر الابن الصغير على النكاح للصغر[5]، فإذا بلغ رشيداً/ زال الصغر الذي[6] هو علة[7] **(223/ب)** الإجبار على النكاح وإذا[8] زالت العلة زال المعلول[9]، فإن كان بعد بلوغه غير رشيد فالولاية لا تزول، كما لا تزول ولاية المال في هذه الحالة، قال الله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[10]، فاشترط الرشد بعد ذكر[11] البلوغ، والله أعلم.

---

(1) في /أ: (فيقبل العقد عليه).
وانظر: روضة الطالبين 7/ 102، والمطلب العالي خ. جـ 18 ورقة: 151 ـ أ.

(2) في /أ: (سلطان).

(3) في /أ: (بل).

(4) (على صفة واحدة) ساقط من /أ.

(5) في /أ: (الصغير).

(6) في /أ: (والذي).

(7) في /أ: جـ: (عليه). وهو تحريف. والصواب ما أثبت.

(8) في /أ: (فإذا).

(9) هذه قاعدة أصولية. ويعبر عنها الأصوليون: «بثبوت الحكم عند ثبوت وصف وينتفي عند انتفائه».
انظر: المحصول القسم الثاني 2/ 285، وشرح الكوكب المنير 4/ 192، ومختصر المزني / 286.

(10) وتمام الآية: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ حَسِيبًا ﴿٦﴾﴾. النساء.

(11) في /أ: (ذلك).
قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «فدلت الآية على أن الحجر ثابت على اليتامى حتى يجمعوا خصلتين: البلوغ، والرشد» أ. هـ. أحكام القرآن 1/ 138.

كتاب الصداق

مسألة (487): إذا تزوج رجل امرأة على عبد غير موصوف ولا معين، فلها[1] مهر مثلها بالعقد قولاً واحداً[2].

ولو تزوجها على عبد معين، فبان أنه مغصوب، فعلى قولين:

أحدهما: أنها[3] تستحق مهر المثل[4]. والثاني: أنها تستحق قيمة[5] ذلك العبد المعين[6].

والفرق بين المسألتين: أن العبد إذا كان معيناً أمكن تقويمه والإحاطة بمقدار قيمته، فإذا كان[7] مستحقاً رجعنا ـ في أحد القولين ـ إلى قيمته، وجعلنا معنى[8] الإشارة إليه بالعقد إشارة إلى قدر قيمته؛ لما خرج مستحقاً.

فأما إذا قال تزوجتها على عبد ـ وأطلق العبد إطلاقاً ـ فمعقول أن العُبُد[9] يختلفون في القيم، والإطلاق لا يختص بمملوك[10] دون مملوك، ولا يكون المملوك الكثير القيمة أولى بالاعتبار من المملوك القليل القيمة. فصار المسمى

(1) في /أ: (وجب).
(2) انظر: روضة الطالبين 7/ 264، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 861.
(3) في /أ: (أنه).
(4) في /جـ: (مهر مثلها).
(5) في /جـ: (فيه).
(6) والأظهر وجوب مهر المثل.
انظر: مختصر المزني / 181، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 861، وروضة الطالبين 7/ 268.
(7) في /أ: (وإن كان).
(8) (معنى) ساقط من /أ.
(9) العُبُدَ: جمع عبد. ويجمع أيضاً على: عبيد، وأعبد.
انظر: الصحاح 2/ 502-503، ولسان العرب 3/ 270.
(10) في /أ: (مملوك).

مجهولاً من جميع الوجوه، وإذا كان بهذه الصفة فلا بد من الرجوع إلى عوض البضع وهو: مهر المثل، فرجعنا إليه.

فإذا[1] تقرر هذا الأصل بنينا عليه مسائل الكتاب، **فقلنا**: لو تزوجها على أن يخيط ثوبها المعين، أو يرد عبدها الآبق من مكان معلوم فاحترق الثوب، أو مات[2] العبد، فعلى قولين: **أحدهما**: أنا نرجع [إلى مهر المثل، **والثاني**: أنا نرجع][3] إلى[4] أجرة مثله لخياطة ذلك الثوب ورد العبد من ذلك المكان[5]، وإذا تزوجها على أن يرد عبدها الآبق ولم يكن المكان الذي أبق إليه العبد[6] معلوم المسافة رجعنا إلى مهر المثل قولاً واحداً، للجهالة بالمسمى[7] من جميع الوجوه[8].

ولو تزوجها على عبد فإذا هو حر، فعلى قولين: **أحدهما**: أنها تستحق مهر المثل، **والثاني**: أنها تستحق[9] قيمة ذلك الحر لو كان عبداً[10]، ولو تزوجها على خمر، أو خنزير استحقت مهر مثلها[11] قولاً واحداً[12].

والفرق بينهما: أن الحر على صلته وصورته يمكن تقويمه بأن يقال: لو كان

(1) في /أ: (وإذا).
(2) في /ج: (أو هلك).
(3) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(4) (إلى) ساقط من /أ.
(5) والقول الأول أظهر.
انظر: مختصر المزني / 179، والأم 5/ 60، وروضة الطالبين 7/ 308.
(6) في /ج: (الذي ابق العبد إليه).
(7) في /أ: (المسمى).
(8) انظر: روضة الطالبين 7/ 307، والأم 5/ 60.
(9) (أنها تستحق) ساقط من /أ.
(10) والقول الأول أظهر.
انظر: مختصر المزني / 181، والأشباه والنظائر للسيوطي / 366، وروضة الطالبين 7/ 257.
(11) في /أ: (مهر المثل).
(12) وذكر النووي طريقاً آخر: أنه على القولين.
انظر: روضة الطالبين 7/ 258، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 861.

هذا الشخص بهذه الصورة التي هي[1] صورته رقيقاً فبكم[2] قيمته[3]؟ فيقال: قيمته ألف، فنوجب الألف، ولا سبيل إلى تقويم الخمر / على صفتها في الحال؛ (224/أ) [لأن الخمر لا تتقوم في الشرع.

فإن قيل يمكن أن يقال: كم قيمتها حين كانت عصيراً، أو كم قيمتها حين تصير خلاً؟.

قلنا: ولا يكون هذا التقويم تقويم الخمرعلى صفتها في الحال][4] من حيث الخلقة، وأوصاف[5] النفس؛ لأن الخمر غير العصير و العصير غير الخمر.

فإن قيل: كذلك الحر[6] لا يمكن تقويمه حراً، وإنما يقوم عبداً، والعبد غير الحر والحر غير العبد.

قلنا: لا يقوم الحر حراً، ولا نقول كم قيمته حين كان عبداً؟ ـ وربما لم يكن عبداً ـ ولكن نقول: لو كان على صورته وحسنه وقبحه[7] مملوكاً لرجل فكم قيمة ذلك المملوك؟ فيقال: كذا وكذا، فنعتبر تلك[8] القيمة، ولا يمكن[9] أن يقال: لو كان عصيراً على صفة هذه الخمر فكم[10] قيمته، فإن العصير حلو والخمر غير حلو، وهذه من صفات الخلقة التي تعتبر القيمة بها[11]، وليست الحرية والرق من صفات الخلقة، وإنما هما من صفات الحكم.

ألا ترى أن العبد إذا صار حراً لم تتغير صفة من صفات الخلقة، والعصير إذا

(1) (هي) ساقط من / أ.
(2) في / أ: (أبكم).
(3) (قيمته) ساقط من / أ.
(4) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(5) في / أ: (أوصاف) بسقوط الواو.
(6) في / أ: (الخمر).
(7) في / أ: (أو قبحه).
(8) (تلك) ساقط من / ج.
(9) في / أ: (فلا يمكن).
(10) في / أ: (فبكم).
(11) في / أ: (فيها).

صار خمراً تغيرت صفة خلقته، فعلى هذا الأصل حكم المهور في النكاح وحكم بدل الخلع في الخلع لا يختلفان في التفريع[1].

مسألة (488): إذا أصدقها جارية فحبلت من زوج أو زنا، ثم طلقها[2] قبل المسيس فليس للمرأة إجبار الزوج على الرضا بنصف الجارية، ولكنه بالخيار: إن شاء رضي بنصفها، وإن شاء تركها وطالبها بنصف قيمتها[3].

ولو أصدقها شاة فصارت ماخضاً، فطلقها قبل المسيس كان لها إجبار الزوج على الرضا بنصف الماخض[4].

والفرق بينهما: أن الجارية إذا أصابها الطلق أشرفت بذلك على الخطر العظيم والخوف الشديد، فصار الحمل من هذا الوجه نقصاً فيها، وإن كان زيادة من وجهة أخرى[5] وهي: زيادة الولد، وإذا اجتمع في عين الصداق نقصان من وجه وزيادة من وجه لم يجز إجبار الزوج على نصف العين لمكان النقص[6]، كما لا يجوز إجبار المرأة على رد النصف لمكان الزيادة، وإنما يتصور الرجوع إلى النصف في هذه الصورة على التراضي، فأما البهيمة إذا صارت ماخضاً، فذلك[7] / زيادة فيها من (224/ب)

(1) فيجب في الخلع مهر المثل إذا فسد المسمى.
انظر: القواعد للحصني القسم الأخير 2/ 866، والأشباه والنظائر للسيوطي / 367.

(2) في / ج: (فطلقها).

(3) قال النووي ـ بعدما ذكر هذا ـ: وحكى الحناطي وجها: «أن الزوج يجبر إذا رضيت برجوعه إلى نصف الجارية حاملاً بناء على أن الحمل لا يعرف، ومقتضى هذا أن تجبر هي أيضاً إذا رغب الزوج في نصفها حاملاً والصحيح الأول» أ. هـ.
روضة الطالبين 7/ 295-296، وانظر: الأم 5/ 62، والمطلب العالي. خ. ج 19. ورقة: 168 ـ أ ـ ب.

(4) وقال النووي: والأصح أنه كالحمل في الجارية.
انظر: روضة الطالبين 7/ 296، والمعاياة. خ. ورقة: 113 ـ ب، والمطلب العالي خ. ج 19. ورقة: 169 ـ ب.

(5) في / ج: (من جملة أخرى).

(6) في / ج: (النصف).

(7) في / أ: (فلذلك).

جميع الوجوه[1]، لأن الخطر عند النتاج مأمون غالباً، ويكون النتاج زيادة محضة، وإذا تمخضت الزيادة في عين الصداق [كان الخيار كله للزوجة دون الزوج، هذا الأصل في الصداق][2].

ولهذا الأصل قلنا: إذا أصدقها أرضاً فحرثتها فطلقها قبل المسيس فالخيار لها، وإذا زرعتها فالزرع نقصان والخيار له[3].

مسألة (489): إذا أصاب الغاصب الجارية المغصوبة[4]، فعليه الحد[5]، وإذا أصاب الزوج الجارية الممهورة[6] وادعى أني ظننت أن كمال ملك[7] المرأة بالدخول، فليس عليه الحد، نص عليه الشافعي رحمه الله[8].

والفرق: أن الصداق لما كان يتنصف بالطلاق لم يبعد أن يشكل على الجهال أن يتوهموا هذا التوهم[9]، فأما الغاصب، فلا يكاد يخفى عليه أنه لا يملك ملك غيره بمحض الغصب، فإذا ادعى جهالة بهذا الحكم لم تسمع منه دعواه، فإن كان ساكن بادية[10] لا يخالط أهل العلم ولا يلتقي بهم، ويتوهم أن القهر والغصب من

---

(1) وهذا لا يسلم به فالحمل في البهيمة نقص من بعض الوجوه فلحم الحامل أردأ من لحم الحائل، كما لا يحمل على الحامل.
انظر: روضة الطالبين 7/ 296، والمعاياة خ. ورقة: 113 ـ أ.

(2) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.

(3) انظر: روضة الطالبين 7/ 296، ومغني المحتاج 3/ 236-237.

(4) في / أ: (المعصر).

(5) انظر: الأم 3/ 247، ومختصر المزني / 117، ومغني المحتاج 2/ 293-294.

(6) في / أ: (المهورة).

(7) (ملك) ساقط من / ج.

(8) انظر: الأم 5/ 64، ومختصر المزني / 80، وروضة الطالبين 7/ 331.

(9) في / أ: (اليوم).

(10) في / أ: (فإن كان ساكناً بادية).

أسباب الملك، كما كانوا[1] يتوهمون[2] في الجاهلية، فربما يتصور درءَ الحد في مثل هذه الحالة[3]، وهذا في نهاية الاستبعاد.

مسألة (490): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو أصدقها عبداً، فدبرته، فطلقها قبل الدخول بها وقبل أن ترجع عن التدبير لم يكن له الرجوع عليها بنصف العبد، وكان حقه في نصف القيمة، ولو رجعت عن التدبير، ثم طلقها كان له الرجوع في نصف العبد»[4].

فهذا النص دليل واضح يدل على أنها إذا دبرت العبد الممهور ـ فسواء جعلنا التدبير وصية، أو جعلناه عتقاً بصفة[5] ـ فليس للزوج إذا طلقها قبل المسيس أن يرجع في نصف العبد المدبر.

ألا ترى أن الشافعي ـ رحمه الله ـ أجاب في هذا النص على أن لها الرجوع[6]، وهذا جواب على أن[7] التدبير يجري مجرى الوصايا[8] ولا يجري مجرى العتق

---

(1) (كانوا) ساقط من / ج.

(2) في / أ: (يتوهموا).

(3) انظر: مغني المحتاج 2/ 294، ونهاية المحتاج 5/ 191.

(4) انظر: الأم 5/ 68، ومختصر المزني / 181.

(5) اختلف قول الشافعي ـ رحمه الله ـ في التدبير هل هو وصية للعبد بالعتق، أم تعليق عتق بصفة؟.
وله في ذلك قولان:
القول الأول: القديم، وأحد قولي الجديد: أنه وصية.
القول الثاني: وهو نصفه في أكثر كتبه: تعليق بصفة.
قال النووي: وهذا هو الأظهر عند الأكثرين.
انظر: الأم 8/ 18، ومختصر المزني / 323، وروضة الطالبين 12/ 194.

(6) أي الرجوع عن التدبير.

(7) (أن) ساقط من / أ.

(8) والوصايا يجوز الرجوع فيها.
انظر: الأم 4/ 118، ومغني المحتاج 3/ 71.

بصفة[1]، وإذا[2] لم يجعل للزوج الرجوع في نصف العبد على قول جواز الرجوع عن التدبير فما ظنك بالقول الثاني: وهو إذا قلنا: ليس لها الرجوع في التدبير[3]، فكيف لها الرجوع في نصف المدبر وإبطال القربة؟ ومعلوم أنها لو أوصت بعين ذلك العبد المهور لرجل، ثم طلقها زوجها قبل المسيس كان للزوج إبطال وصيتها في النصف والرجوع إلى العين[4].

والصحيح في التدبير [ما قلنا من نص الشافعي رحمه الله، وإن سلك بعض (225/أ) مشايخنا / غير هذه الطريقة[5].

والفرق بين الوصية والتدبير][6]: أنها إذا دبرت فعقد التدبير بنفسه قربة تامة، ألا ترى أن تمام هذه القربة ليس يتوقف إلا[7] على موتها ولا حاجة إلى قبول العبد ورضاه[8].

وأما الوصية فإنها لا تتم قربة بالإيصاء[9]، وليس الإيصاء عقد قربة لا محالة،

---

(1) في / ج: (بالصفة).

(2) في / أ: (إذا) بسقوط الواو قبلها.

(3) على القول: أن التدبير تعليق بصفة.
انظر: روضة الطالبين 12/ 195، ومغني المحتاج 4/ 512.

(4) انظر: المهذب 2/ 59، وروضة الطالبين 7/ 310.

(5) اختلف الأصحاب في مسألة التدبير على ثلاث طرق:
الطريق الأول: ما ذكر المؤلف. وهو المذهب.
الطريق الثاني: الرجوع قطعاً. وهو ضعيف.
الطريق الثالث: جعل المسألة على قولين، ينبنيان على أن التدبير وصية، أو تعليق، إن **قلنا**: التدبير وصية: رجع، وإلا، فلا.
انظر: روضة الطالبين 7/ 312، والمطلب العالي. خ. جـ 19 ورقة: 181 ـ ب.

(6) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(7) (ألا) ساقط من / أ.

(8) انظر: المنثور في القواعد 2/ 398.

(9) بل لا بد من القبول على المذهب إذا كانت الوصية لمعين.
انظر: روضة الطالبين 6/ 141-142، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 605.

كما ليست الهبة عقد قربة لا محالة[1]، والزوج ممنوع من[2] إدخال الضرر عليها بابطال قربتها.

فإن قيل: أليس إذا علقت عتق ذلك العبد بدخول الدار فقد عقدت عقد قربة، وإذا طلقها زوجها قبل المسيس كان له أن يرجع في نصف ذلك العبد ويبطل عليها ذلك العتق[3]، فما الفرق بين هذا وبين التدبير؟.

قلنا: تعليق[4] عتقها بدخول الدار ليس هو عقد[5] قربة، وإنما هو يمين لمنع نفسه، أو لمنع غيره، وليس إذا منع نفسه، أو منع[6] غيره من[7] دخول الدار، أو حث عبده على دخول الدار بذكر العتق[8] كان عاقداً بذلك[9] عقد قربة، ولكنه عقد من عقود الأيمان، وكذلك[10] ما جانس الأيمان[11] مثل قوله: إذا جاء رأس الشهر فأنت حر، فطلقها قبل رأس الشهر رجع[12] إلى نصف العبد[13]، إذ ليس ذلك من جنس محض القربة، فأما عقد التدبير فلا معنى فيه إلا القربة[14] المحضة،

(1) انظر: المطلب العالي. خ. ج 19. ورقة: 183 ـ أ، وكفاية النبيه خ. ج 9 ورقة: 95 ـ أ.
(2) في /أ: (عن).
(3) ونقل النووي عن البغوي: أن المذهب منع الرجوع.
انظر: روضة الطالبين 7/ 312-313، والمطلب العالي. خ. ج 19. ورقة: 183 ـ أ.
(4) في /أ: تعلق.
(5) في /ج: (ليس بعقد).
(6) (منع) ساقط من /أ.
(7) في /ج: (عن).
(8) في /ج: (العين).
(9) (بذلك) ساقط من /أ.
(10) في /ج: (وكان).
(11) في /أ: (مباحاً بين الايمان).
(12) في /أ: (ورجع).
(13) على أحد الوجهين.
انظر: روضة الطالبين 7/ 312-313، والمطلب العالي. خ. ج 19. ورقة 182 ـ ب ـ 183 ـ أ.
(14) في /ج: (سوى القربة).

فإذا أراد إبطال حقها من القربة كان ممنوعاً من الإبطال[1]، وإن كان عين الصداق باقية بحالها.

ولو أنها رضيت وأبطلت على نفسها قربتها، فرجعت عن التدبير قبل الطلاق - على قول جواز الرجوع بالقول[2] - ثم طلقها كان له أن يرجع إلى نصف العبد[3]، إذ ليس في رجوعه إلى النصف إبطال القربة عليها، وقد قال الشافعي - رحمه الله -: لو أصدقها جارية فطلقها[4] وهي ترضع ولداً ولدته لها لم يكن له أن يرجع إلى نصف الجارية، مخافة الإضرار بالشركة في إرضاع الولد[5]، فهذا صداق باقٍ بعينه لم يزد ولم ينقص، والزوج ممنوع من[6] الرجوع في نصفه خوف الإضرار، فكذلك خوف الإضرار موجود[7] في مسألة التدبير.

مسألة (491): المواعيد المتقدمة على العقد[8] غير معتبرة في حكم العقد[9]؛

---

(1) في /أ: (عن الابطال).

(2) في الرجوع في التدبير بالقول قولان:
الأول: أنه يجوز.
الثاني: أنه لا يجوز. وهو الأصح.
وهما مبنيان على القولين: في أن التدبير عتق بصفة، أم وصية: إن قلنا: وصية صح، وإلا فلا.
أما الرجوع بالتصرف بالبيع وغيره فيجوز.
انظر: كفاية النبيه. خ. جـ 8. ورقة: 205 - أ - ب، وروضة الطالبين 12/ 195، ومغني المحتاج 4/ 512.

(3) على أحد الطريقين.
انظر: روضة الطالبين 7/ 312.

(4) في /جـ: (وطلقها).

(5) انظر: الأم 5/ 62، وروضة الطالبين 7/ 300.

(6) (من) ساقط من /أ.

(7) (موجود) ساقط من /أ.

(8) في /أ: (على العق).

(9) وإنما المؤثر ما كان مقارناً للعقد.
انظر: القواعد للحصني القسم الأخير 2/ 785، والمجموع 9/ 374.

ولذلك[1] قلنا في نكاح المحلل: إن كان الشرط متقدماً غير مقترن كان العقد صحيحاً[2]، وشذت مسألة عن هذا الأصل، فقال الشافعي ـ رحمه الله في الولي والزوج ـ: «إذا[3] ذكرا[4] في السر مهراً وفي العلانية مهراً: أن المهر مهر السر»[5]، وقال ـ في موضع آخر ـ: «المهر مهر العلانية»[6].

/ فدعت الضرورة بعض[7] أصحابنا إلى أن جعل المسألة على حالين، فقال: إن (225/ب) كان في السر وعد وفي العلانية عقد، فالمهر مهر [العلانية، وإن كان في السر عقد، وفي العلانية عقد فالمهر مهر][8] السر[9]، وهذه الطريقة[10] خلاف ظاهر النص الذي حكاه المزني، وهو قوله: «إذا شاهد الزوج الولي والمرأة أن المهر كذا

---

(1) في / ج: (فلذلك).
(2) على الصحيح. وقيل: يبطل.
انظر: روضة الطالبين 7/ 127، ومغني المحتاج 3/ 183.
(3) في / أ: (ذا).
(4) في / ج: (ذكر).
(5) (أن المهر مهر السر) ساقط من / أ.
وانظر: مختصر المزني / 181، وأدب القاضي لابن القاص 2/ 478.
(6) انظر: الأم 7/ 156، ومختصر المزني / 181، وأدب القاضي لابن القاص 2/ 478.
(7) في / أ: (لبعض).
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(9) وممن ذهب إلى ذلك ابن القاص.
انظر: أدب القاضي لابن القاص 2/ 478.
(10) اختلف الأصحاب في نصي الشافعي على طريقين:
الأول: ما ذكره المؤلف: تنزيل النص على حالين. وهو المذهب.
الثاني: إثبات قولين:
أحدهما: أن الصداق صداق السر؛ لتقدمه.
والثاني: أن الصداق صداق العلانية؛ لتعلق الحكم بظاهره.
انظر: أدب القاضي لابن القاص 2/ 478، وروضة الطالبين 7/ 274، والمطلب العالي. خ. ج 19. ورقة: 123 ـ أ.

وكذا ويعلن أكثر[1] فقد اختلف[2] قوله في ذلك، فقال في موضع: السر، وقال في غيره: العلانية[3]، وليس ظاهر هذا اللفظ يعطي[4] أنهما عقدا عقدين، بل ظاهره يعطي[5] أنه[6] وعد متقدم وعقد متأخر، والمعنى الذي به فارقت هذه المسألة نظائرها: أن المواضعات والمقدمات تكثر في عقد النكاح وفي المهر المذكور فيه، وللناس عادة غالبة في المباهات بالمغالاة في المهور، وهذه العادة مفقودة في أثمان المبتاعات وسائر الشروط التي تشترط في النكاح، فإذا تواعدا على ألف على أن يتعاقدا على ألفين فكأنما اصطلحا على عبارة موضوعة، فقالا: إذا اعتبرنا بالألفين في العلانية، فإنما نريد به الألف، واللغات تثبت فوائدها بالمواضعات[7]، فلذلك ألزمنا الزوج ألفاً وإن اشتمل العقد على تسمية ألفين.

مسألة (492): عقد النكاح إذا اشتمل على مسمى مجهول وجب[8] لها مهر المثل[9]، والمفوضة[10] إذا فرض لها الزوج بعد العقد مقداراً وهما جاهلان

---

(1) في /أ: (وتعلق بأكثر).

(2) (فقد اختلف) ساقط من /أ.

(3) مختصر المزني / 181.

(4) (يعطي) ساقط من /ج.

(5) (يعطي) ساقط من /ج.

(6) (أنه) ساقط من /ج.

(7) في /أ: (بالموضوعات).

(8) (وجب) ساقط من /أ.

(9) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي /366، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 861، وروضة الطالبين 7/ 264.

(10) المفوضة: هي المرأة البالغ الثيب المالكة لأمرها تتزوج برضاها بغير مهر. وسميت المرأة مفوِّضة بكسر الواو: لتفويض أمرها إلى الزوج، أو الولي بلا مهر، أو لأنها أهملت المهر. ومفوَّضة: بفتحها؛ لأن الولي فوض أمرها إلى الزوج. والفتح أفصح.
انظر: الأم 5/ 68، ومختصر المزني / 181، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي / 319، ومغني المحتاج 3/ 228-229.

بمهر مثلها لم يصح ذلك المفروض، ولم يجب لها مهر المثل بهذه التسمية الفاسدة[1].

[والفرق بين المسألتين: أن أول العقد إذا[2] اشتمل على المجهول انعقد أوله بعوض؛ لأن العوض مذكور، وإذا انعقد النكاح بعوض وذلك العوض غير المسمى فهو مهر المثل][3] لا محالة، فأما المفوضة فلم يجب لها بالعقد مهر على القول الصحيح المقصود بالتفريع[4]، فإذا[5] فرض لها مهراً ـ وهما جاهلان بقدر مهر[6] مثلها ـ لم يكن الفرض عقداً يوجب مهر المثل، وإنما الفرض إيجاب في عقد سابق، لا بابتداء عقد، وشرط صحة ذلك الإيجاب: العلم بالمقدار، كما أن شرط صحة التقويم على المقوِّم بمقدار القيمة[7]، وإذا[8] لم يعرف مقدار القيمة بطل تقويمه ووجب استئناف [تقويم آخر، كذلك بطل الفرض بالجهل ووجب استئناف][9] فرض آخر على بصيرة بمقدار مهر المثل.

---

(1) على أحد القولين.
القول الثاني: إنه يصح الفرض. وهو الأظهر عند الجمهور.
انظر: روضة الطالبين 7/ 283، ومغني المحتاج 3/ 230، والمطلب العالي. خ. ج 19 ورقة: 136 ـ أ ـ ب.

(2) (إذا) ساقط من / أ.

(3) ما بين الحاصرتين مكرر في / ج، وجاء بعده زيادة وهي: «بهذه التسمية الفاسدة».

(4) يشير المؤلف ـ رحمه الله ـ إلى الخلاف في استحقاق المفوضة مهر المثل. هل تستحقه بنفس العقد، أم بالمسيس فيه قولان: .
أحدهما: ما ذكره المؤلف.
الثاني: أنها تستحق بالعقد.
انظر: روضة الطالبين 7/ 281، ومغني المحتاج 3/ 229، والمطلب العالي. خ. ج 19. ورقة: 128 ـ ب ـ 129 ـ أ.

(5) في / أ: (وإذا).

(6) (مهر) ساقط من / أ.

(7) إذ التقويم شهادة بالقيمة.
انظر: مغني المحتاج 4/ 419، والقواعد للحصني ـ القسم الأول 2/ 833.

(8) في / أ: (فإذا).

(9) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.

مسألة (493): مهر المثل[1] إذا كان في قبيلة من القبائل عشرة آلاف معلومة لنسائهم، فهو المقدار الذي نوجبه[2] عند فساد التسمية وفي الوطء بالشبهة ومنازل إيجاب مهر المثل[3]، فلو أن امرأة من نسائهم سامحت زوجها ورضيت بسبعة آلاف/ في العقد ثم وطئت المرأة[4] أو غيرها من نساء تلك القبيلة[5] بالشبهة أوجبنا لها[6] عشرة آلاف، ولو [وجدت المسامحة من امرأتين، أو ثلاث، أو أكثر، فإن][7] صارت المسامحة عادة ثم وطئت[8] واحدة منهن[9] بشبهة[10] أوجبنا لها سبعة آلاف[11]، (226/أ)

---

(1) الأصل فيها ما خرّجه أبو داود والترمذي، وابن ماجة عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً، ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود: «لها مثل صداق نسائها، لا وكس ولا شطط، وعليها العدة ولها الميراث. فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ في بروع بنت واشق، امرأة منا، مثل الذي قضيت، ففرح بها ابن مسعود» قال الترمذي: حديث ابن مسعود حديث حسن صحيح. واللفظ للترمذي.
انظر: سنن الترمذي كتاب «النكاح» باب «ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها»، حديث (1145)، وسنن أبي داود كتاب «النكاح» باب «فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات» حديث (2114)، وسننن ابن ماجة كتاب «النكاح» باب «الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت على ذلك» حديث (1891).

(2) في /أ: (الذي بونحيه).

(3) انظر: الأم 5/ 71، وروضة الطالبين 7/ 286-287.
وانظر: المنازل التي تجب فيها مهر المثل في: الأشباه والنظائر للسيوطي / 366-367، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 861-868.

(4) (المرأة) ساقط من / ج.

(5) في / ج: (في تلك القبيلة).

(6) (لها) ساقط من / ج.

(7) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(8) في / ج: (صارت هذه المسامحة عادة نساء تلك القبيلة فوطئت).

(9) (منهن) ساقط من / أ.

(10) في / ج: (بالشبهة).

(11) (آلاف) ساقط من / أ.

وألزمناها[1] حكم هذه المسامحة[2].

والفرق بين الحالتين: أن المسامحة من العاقد الواحد أو من[3] النفر لا تصير أصلا في اعتبار المقدار، ألا ترى أن الواحد من أهل السوق لو سامح مبتاعاً في ثمن سلعة لغرض، فتلك المسامحة لا تصير أصلاً في [اعتبار قيمة أمثالها عند الاستهلاك، ولكن إذا صارت المسامحة معتادة جارية علم أن السوق في][4] تلك السلعة متراجعة، وأن ما كان[5] مسامحة صار سعراً، حتى إذا استهلكت تلك السلعة بعد المسامحة الشائعة[6] المستفيضة صارت مقومة بما تراجع من الثمن، فكذلك مهور الأمثال في مسامحة نساء تلك القبيلة[7].

مسألة (494): فساد المهر لا يقدح في العقد[8] إلا في مسألة واحدة[9] وهي: إذا كان الفساد بسبب اشتراط خيار الثلاث في المهر، فقد قال ـ في القديم ـ: «النكاح في ذلك[10] باطل»[11].

---

(1) في /أ: (وألزمنا).

(2) انظر: المطلب العالي. خ. ج 19. ورقة: 142 ـ ب، ومغني المحتاج 3/ 233، ونهاية المحتاج 6/ 353.

(3) (من) ساقط من /ج.

(4) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.

(5) في /أ: (وإنما كان).

(6) في /أ: (السابقة).

(7) في /أ: (بما رجع إليه الثمن فكذلك مهر الأمثال في المسامحة في نساء القبيلة).

(8) في /ج: (في المهر).

(9) واستثنى السيوطي من القاعدة صورتين:
إحداها: نكاح الشغار.
الثانية: إذا تزوج العبد بحرة، على أن تكون رقبته صداقها بإذن السيد.
انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي /477، والأشباه والنظائر لابن السبكي 1/ 413، والمطلب العالي. خ. ج 19. ورقة: 105 ـ ب، 108 ـ ب.

(10) (في ذلك) ساقط من /أ.

(11) انظر: المطلب العالي. خ. ج 19. ورقة: 108 ـ أ ـ ب، وروضة الطالبين 7/ 266.

والفرق بين هذا[1] الفساد وبين الفساد بتسمية الخمر والمجهول والمغصوب: أن الرجل إذا سمى خمراً أو مهراً[2] مجهولاً كان ذلك فساداً مقصوراً على الصداق لا يتعدى[3] إلى البضع[4] بحال، ولو تجرد العقد عن المهر انعقد ولزم[5]، فكذلك إذا اشتمل على فاسد[6]، فأما إذا اشترط في الصداق خيار الثلاثة[7]، فهذا شرط يتعدى[8] إلى البضع؛ لأن الخيار المشروط في أحد العوضين يتعدى إلى العوض الثاني الذي قابله، ألا ترى أن البائع إذا قال[9]: على أني بالخيار في السلعة فمعناه: على أني بالخيار في العوضين، وفي دفع[10] العقد عنهما، ولو شرط في البضع له[11] خيار الثلاثة[12] بطل النكاح، فإذا شرط ذلك في المهر - ومن ضرورته أن[13] لا يبقى مقصوراً عليه محصوراً فيه - صار العقد فاسداً.

وله في الجديد قول آخر: أن النكاح صحيح[14].

---

(1) (هذا) ساقط من / ج.

(2) في / أ: (ومهرا).

(3) في / أ: (لا يتداعى).

(4) في / أ بعد لفظة «البضع» خلط الناسخ، فجاء بكلام تابع لمسألة: إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة، وبعضهن للبدعة. مسألة رقم (512)، ثم جاء بتمام هذه المسألة بعد ثمانية أسطر من تلك المسألة.

(5) انظر: الأم 5/ 70، وروضة الطالبين 7/ 249، ومغني المحتاج 3/ 420.

(6) في / أ: (فكذلك إذا لزم على فساد).

(7) في / ج: (الثلاث).

(8) في / أ: (يتداعى).

(9) في / ج: (لو قال).

(10) في / ج: (وفي رفع).

(11) (له) ساقط من / أ.

(12) في / ج: (الثلاث).

(13) (أن) ساقط من / أ.

(14) ويفسد المسمى ويجب مهر المثل، وهو الأظهر.
انظر: الأم 5/ 76، ومختصرالمزني / 182، وروضة الطالبين 7/ 266.

مسألة (495): المشهور من المذهب في المطلقة المفروض لها قبل المسيس أنها لا تستحق المتعة[1]، بخلاف المدخول بها[2]، فإن أصح القولين أنها تستحق المتعة[3].

والفرق بينهما: أن الدخول إذا اتصل، فلا بد من استحقاق كمال المهر على مقابلة استهلاك البضع[4]، وكيف يجوز استهلاك منافع[5] البضع ببعض المهر؟ بل لا بد من مقابلتها بالجميع، إما بجميع المسمى حيث صحت التسمية، وإما بجميع مهر المثل[6] عند عدم صحة التسمية، وإذا صار الصداق[7] بجملته في مقابلة الإصابة بسابق[8] العقد فلا بد من مقابلة العقد بمال، وهو المتعة، وهو معنى قول الشافعي ـ رحمه الله ـ: بدلاً من العقد[9] حيث وصف المتعة[10]، فإذا لم تتفق[11] الإصابة في ذلك العقد حتى طلقها وله مسمى صحيح، فقد استحقت مع سلامة البضع[12] المسمى، فاستغنى العقد به[13] عن المقابلة بمال آخر.

(1) والقول الآخر أنها تستحق.
انظر: مختصر المزني / 184، والأم 5/ 69، وروضة الطالبين 7/ 321، والمطلب العالي. خ. جـ 19. ورقة: 200 ـ ب ـ 201 ـ أ.
(2) (بها) ساقط من / أ.
(3) (المتعة) ساقط من / أ.
والقول الثاني ـ وهو القديم ـ: أنها لا تستحق المتعة، لاستحقاقها المهر وفيه غنية.
انظر: مغني المحتاج 3/ 341، وروضة الطالبين 7/ 321، والمطلب العالي. خ. جـ 19. ورقة: 200 ـ أ ـ 201 ـ أ ـ ب.
(4) في / أ: (الاستهلاك للبضع).
(5) (منافع) ساقط من / جـ.
(6) في / جـ: (وأما بجميع المهر).
(7) في / جـ: (فإذا صارت الصدقة) وهي صحيحة أيضاً فالصدقة اسم من أسماء المهر.
(8) في / أ: (سابق).
(9) ولفظ الشافعي (بدلاً من العقدة).
(10) انظر: مختصر المزني / 181.
(11) في / أ: (فإذا لم يتق).
(12) في / جـ: (العقد).
(13) (به) ساقط من / أ.

فإن قال قائل: المهر الذي استحقته[1] الممسوسة ما استحقته بالمسيس، وإنما استحقته بالعقد.

ألا ترى أن المنكوحة لو كانت يوم العقد مملوكة زيد ويوم الإصابة مملوكة عمرو كان ذلك المهر لزيد[2]، ولو قابل ذلك المهر المسيس لكان لعمرو، كالمتعة[3] تجب لعمرو بالطلاق في ملكه، لأنها تجب يوم الطلاق، ولا تجب لزيد وإن كان العقد في ملك زيد[4].

قلنا: هذا المهر الذي استحقته الممسوسة استحقته في مقابلة[5] استهلاك البضع/ (226/ب)، ولكن هذه المقابلة حصلت بالعقد، فإن العقد سبب[6] المقابلة أبداً في العوضين، فلما أوجبه العقد يوم الوطء استحقه[7] من باشر العقد وهي مملوكة له[8]، والعقد لا يوجب المتعة بحال، وإنما[9] يوجبها[10] الطلاق[11]، ونضعه[12] على مقابلة العقد، فكانت[13] المتعة للمالك الثاني وإن كانت[14] على مقابلة العقد؛ لأن الطلاق كان في ملك المالك الثاني، فلذلك كان المهر للمالك

---

(1) في /أ: (استحقه).

(2) لأن المهر وجب بالعقد وكان العقد في ملكه.
انظر: روضة الطالبين 7/ 220، ومغني المحتاج 3/ 219.

(3) في /أ: (وكالمتعة).

(4) انظر: المرجعين السابقين.

(5) في /أ: (على مقابلة).

(6) في /أ: (بسبب).

(7) في /أ: (استحقته).

(8) (له) ساقط من /ج.

(9) في /ج: (إنما) بدون الواو.

(10) في /أ: (يوجبه).

(11) انظر: روضة الطالبين 7/ 220، ومغني المحتاج 3/ 219، 241.

(12) في /أ: (ونصفه).

(13) في /أ: (فلما كانت)، وفي /ج: (فلما كان) ولعل الصواب ما أثبت.

(14) في /أ: (وإن كان).

الأول وإن كان على مقابلة الاستهلاك الموجود في ملك المالك الثاني، والمقابلة من فوائد العقد.

مسألة (496): إذا أعتق الرجل[1] جاريته في مرض موته، ثم تزوجها، ثم مات عنها، فلا ميراث لها[2].

ولو أعتقها وجعل عتقها صداقها، فنكحها، ثم مات عنها، فلها الميراث[3].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا أعتقها، وجعل عتقها صداقها، فقد اعتاض عن الرقبة، فخرجت عن باب الوصايا، فلا يؤدى إلى جمع[4] الوصية والميراث في الشخص الواحد.

فأما إذا أعتقها ولم يجعل عتقها صداقها، فهذا العتق في المرض وصية منه، فلو ورثناها لجمعنا بين الإرث والوصية، ولذلك قلنا: إذا أعتق الرجل في مرض موته حميمه[5] الوارث لم يرثه بالدور، وكان في إثبات ميراثه إسقاط ميراثه[6].

مسألة (497): لو أصدقها[7] خمراً، فطلقها قبل المسيس استحقت نصف مهر المثل[8]. ولو أصدقها خمراً وكانا ذميين وسلم الخمر إليها، ثم طلقها قبل المسيس - والخمر خل - لم يستحق عليها شيئاً[9]، وغلط

---

(1) في / ج: (رجل).

(2) انظر: روضة الطالبين 7/ 233-234، والمطلب العالي. خ. جـ 19 ورقة: 67 - أ - ب. والوسائل في فروق المسائل خ. ورقة: 103.

(3) هاتان المسألتان مفرعتان على أنه يجوز للمعتق في مرض الموت نكاحها. وهو الصحيح. انظر: المراجع السابقة.

(4) في / أ: (إلى جميع).

(5) في / أ: (حمه).

(6) انظر: روضة الطالبين 7/ 204.

(7) في / ج: (إذا أصدقها).

(8) انظر: روضة الطالبين 7/ 289-290، والمطلب العالي. خ. جـ 19 ورقة: 148 - أ.

(9) انظر: روضة الطالبين 7/ 303، والمطلب العالي. خ. جـ 19 ورقة: 171 - ب - 172 - أ - ب.

بعض[1] أصحابنا، فجعل نصف الخل حقه[2].

والفرق بين الحالتين: أنه إذا أصدقها خمراً ضمن البضع بالعقد لا محالة؛ لأن البضع بنفس[3] العقد يصير كالمستهلك، وإن لم يتحقق فيه الاستهلاك، فإذا طلقها قبل المسيس ألزمناه نصف مهر المثل واعتبرنا[4] ضمان البضع، ولو جعلنا للخمر[5] حكماً لنصفناها[6] بينهما، فأما جانبها، فليس كذلك، وذلك أنها تضمن[7] للزوج بالطلاق نصف ما ضمنته بالقبض والخمر مقبوض غير مضمون، ولا قيمة له[8] حتى يرجع إلى نصف قيمته[9]، وما حدث من الحموضة زيادة حصلت وحدثت، وكل زيادة حدثت في عين المهر، فليس للزوج حق في تلك الزيادة[10]، ولا فرق في هذه بين الزيادة المتصلة، وبين الزيادة المنفصلة[11]. ألا ترى أن العبد المملوك[12] المهمور لو كان مهزولاً، فسمن أو ولدت الجارية ولداً لم يكن للزوج حق في تلك الزيادة التي حصلت وتجددت في عين المهر[13].

---

(1) في /أ بعد لفظة: «بعض» خلط الناسخ فجاء بكلام من مسألة: إذا قال لها أنت طالق لدخول الدار. مسألة رقم (513)، وجاء بتمام المسألة بعد (11) سطراً ونصف من تلك المسألة بعد قوله «فألقى الخليل».

(2) وهو قول ابن الحداد، والخضري. وذهب النووي إلى تصحيح هذا القول. انظر: المرجعين السابقين.

(3) في /أ: (ينفسخ).

(4) في /أ: (واعتبر).

(5) في /ج: (الخمر).

(6) في /أ: (ألصقناها).

(7) في /أ: (تتضمن).

(8) في /ج: (لها).

(9) في /ج: (قيمتها).

(10) في /أ: (فليس للزوج في ذلك الزيادة حق).

(11) الزيادة المتصلة للمرأة بلا خلاف، أما المنفصلة ففيها وجهان: أصحهما: أنها للمرأة. انظر: روضة الطالبين 7/ 256، ومغني المحتاج 3/ 236.

(12) (المملوك) ساقط من /ج.

(13) انظر المرجعين السابقين.

مسألة (498): المحرم إذا طلق امرأته قبل المسيس والصداق ظبية وعين الصداق قائمة ارتد نصفها إليه[1]، سواء قلنا: يملك المحرم الصيد بالشراء أو لا يملك ولا ينعقد شراؤه[2].

ولو أفلس مبتاع الظبية والبائع محرم لم يكن له أن يرجع إلى عين الظبية[3].

والفرق: أن البائع إذا اختار عين[4] ماله عند المفلس لم يرتد إلى ملكه إلا بقوله: فسخت البيع، فصار اختيار الفسخ، كاختيار الشراء، وهو محرم لا يتملك بالشراء فلا يتملك بفسخ الشراء[5]، فأما إذا طلق فإن نصف المهر يرتد إليه بنفس[6] الطلاق، ولا يتوقف على اختيار يحدث منه.

فإن قال قائل: فما معنى قول الشافعي ـ رحمه الله ـ في كتاب الصداق ـ: «وهذا

---

(1) ينبني حكم هذه المسألة على: أن النصف هل يعود إليه بنفس الطلاق، أم باختياره؟ وجهان.
إن قلنا: بنفس الطلاق، ففي عود النصف إليه في الإحرام وجهان:
أحدهما: لا يعود، وينتقل إلى القيمة؛ لأن المحرم لا يملك الصيد باختياره، والطلاق باختياره.
الثاني: ـ وهو الأصح ـ: أنه يعود، لأن الطلاق لا ينشأ لاجتلاب الملك، فأشبه الأرث.
وإن قلنا: باختياره. فليس له الاختيار ما دام محرماً، فإن فعل كان كشرائه.
انظر: روضة الطالبين 7/ 313، ومغني المحتاج 3/ 240، والمطلب العالي. خ. ج 19. ورقة: 183 ـ ب ـ 184 ـ أ.

(2) والمذهب: أنه لا يملك.
انظر: المجموع 7/ 307، وروضة الطالبين 3/ 151 والمطلب العالي. خ. ج 19. ورقة: 183 ـ ب.

(3) انظر: المجموع 7/ 312، والمهذب 1/ 323.

(4) في / أ: (عن).

(5) (فلا يتملك بفسخ الشراء) ساقط من / ج.

(6) في / ج: (بنصف).

كله ما لم يقض له القاضي به»[1] أفليس يدل هذا الكلام على أن الصداق لا يرجع بالطلاق إليه حتى يوجد سبب سوى الطلاق[2]؟.

قلنا: ما أراد الشافعي بهذا اللفظ إلا ظهور الحكم بين الخصمين بالقضاء، فأما في الباطن فإن الملك راجع إلى الزوج بنفس الطلاق، وذلك حكم الله ـ تعالى ـ في قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[3] والله أعلم.



(1) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في باب: «صداق ما يزيد ببدنه وينقص» ـ: «وكل ما أصدقها فملكته بالعقدة وضمنته بالدفع فلها زيادته وعليها نقصانه، فإن أصدقها أمة أو عبداً صغيرين فكبرا أو أعميين فأبصرا، ثم طلقها قبل الدخول فعليها نصف قيمتهما يوم قبضهما إلا أن تشاء دفعهما زائدين فلا يكون له إلا ذلك إلا أن تكون الزيادة غيرتهما بأن يكونا كبرا كبراً بعيداً فالصغير يصلح لما لا يصلح له الكبير فيكون له نصف قيمتهما وإن كانا ناقصين فله نصف قيمتهما إلا أن يشاء أن يأخذهما ناقصين فليس لها منعه إلا أن يكونا يصلحان لما لا يصلح له الصغير في نحو ذلك وهذا كله ما لم يقض له القاضي بنصفه فتكون هي حينئذٍ ضامنة لما أصابه في يديها». أ. هـ.
مختصر المزني / 179، وانظر: الأم 5/ 62.

(2) (إليه حتى يوجد سبب سوى الطلاق) ساقط من / أ.

(3) وتمام الآية: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٢٣٧﴾﴾ البقرة.

كتاب القسم والنشوز[1]

مسألة (499): الموهوب له المال إذا امتنع لم يجبر على قبول الهبة[2]، والموهوبة لها[3] الليلة مجبورة على قبول[4] هبة القسم، وليس لها أن تمتنع عن قبولها[5].

والفرق: أن الواهبة إذا وهبت ليلتها فالزوج عماد هذه الهبة في جانب القبول؛ لأن الحق عليهن له.

ألا / ترى أنه في الابتداء لو أراد أن لا يقسم لواحدة[6] منهن كان له ذلك[7]، (227/أ) فإذا بدا فقسم فوهبت[8] واحدة ليلتها لم يعتبر رضا الموهوبة لها والحق حق الزوج، ولو رضيت الواهبة والموهوبة لها ولم يرض الزوج لم يكن للهبة معنى[9]، فأما سائر

(1) (كتاب القسم والنشوز) ساقط من /أ.
(2) في /أ: (على القول).
وانظر: مغني المحتاج 2/ 397، 3/ 258، وكفاية الأخيار 1/ 201.
(3) في /أ: (لهذه).
(4) (قبول) ساقط من /ج.
(5) على الصحيح.
وقيل يشترط رضاء الموهوبة لها؛ لأنه يلحقها بذلك منّة.
انظر: روضة الطالبين 7/ 359، ومغني المحتاج 3/ 258، والمطلب العالي. خ. ج 19. ورقة: 250 ـ أ ـ ب.
(6) في /ج: (لواحد).
(7) على أحد الوجهين.
والصحيح: أنه يقرع بينهن، فيبدأ بمن خرجت قرعتها.
انظر: روضة الطالبين 7/ 352، ومغني المحتاج 3/ 255.
(8) في /ج: (فوهب).
(9) فلا يلزم الزوج القبول.
انظر: روضة الطالبين 7/ 359، ومغني المحتاج 3/ 258.

الهبات فلا تشبه هذه الهبة، وإنما هي تمليك مال ابتداء، فيستحيل إجبار الموهوب له على قبول الهبة، والزوج في القسم إذا ساكن الموهوبة لها فإنما يستوفي منها حقاً وجب له عليها، ومن المحال استيفاء حق نكاح عمرة من زينب لكنهن إذا تشاححن نالت كل واحدة منهن حقها[1]، وإذا لم يكن مشاححة، أو كانت هبة سقط حق ولم ينتقل حق. فهذه[2] حقيقة هبة القسم[3]؛ ولذلك لا يتصور [منها الاعتياض، فإن الموهوبة لها تستوفي من زوجها حق نفسها، فلا يتصور][4] أن يتوجه عليها عوض بما تستوفي من الحق الواجب لها.

مسألة (500): إذا كان[5] تحت الحر، أو تحت المملوك حرة وأمة[6]، فحق الحرة من القسم ليلتان، وحق الأمة ليلة واحدة[7]. وإن كانت النوبة للحرة والزوج عندها، فعتقت المملوكة دار إليها بليلتين إذا قسم للحرة ليلتين[8]، وإن كانت النوبة للأمة، فعتقت. نظرنا في وقت عتقها: فإن عتقت وقد بقيت بقية[9] من نوبتها ولو ساعة واحدة أكمل[10] لها

(1) في / ج: (حقاً).
(2) في / ج: (فهذا).
(3) في / أ: (هذه القسمة).
(4) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(5) في / ج: (إذا كانت).
(6) ويتصور اجتماع الأمة مع الحرة في صور. منها: أن يسبق نكاح الأمة ـ بشروطه ـ على نكاح الحرة.
ومنها: أن يكون تحته حرة لا تصلح للاستمتاع.
ومنها أن: يكون الزوج رقيقاً، أو مبعضاً.
انظر: مغني المحتاج 3/ 255، وقليوبي وعميرة 3/ 303.
(7) انظر: روضة الطالبين 7/ 352، وقليوبي وعميرة 3/ 303، ونهاية المحتاج 6/ 385.
(8) انظر: روضة الطالبين 7/ 352، ومغني المحتاج 3/ 256، ونهاية المحتاج 6/ 385.
(9) (بقية) ساقط من / أ.
(10) في / أ: (كمل) بدون ألف قبلها.

ليلتين[1]، وإن انقضت نوبتها بتمامها، ثم عتقت لم يكن لها في هذه النوبة حق الزيادة[2].

والفرق بين المسألتين: أنها إذا عتقت وقد بقيت بقية من النوبة، فقد استفادت فضيلة الحرية قبل استكمال حقها من القسم بتمامه، فاستحقت[3] تمام حق الحرية، فأما إذا استوفت نوبتها، ثم عتقت فإن العتق قد حصل بعد استيفاء حقها في الرق.

ومثال هذا قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في العبد إذا عتق بعدما طلق زوجته طلقتين: فهي حرام عليه حتى تنكح زوجاً غيره[4]، ولو عتق بعد طلقة، فقد[5] ملك عليها تمام الثلاث[6].

وكذلك قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا أسلم العبد وأسلمت حرة، فعتق، فأسلمت[7] حرائر كان له منهن أربع، ولو أسلم وأسلمت[8] حرتان، ثم عتق لم يكن له أن يمسك بعقد الشرك إلا اثنتين من[9] أي الأربع[10] شاء[11].

---

(1) قال النووي: «وحكى الحناطي وغيره وجهاً: أنها لا تستحق إلا ليلة، نظراً إلى الابتداء» أ. هـ. روضة الطالبين 7/ 353.
وانظر: مغني المحتاج 3/ 256، ونهاية المحتاج 6/ 385.

(2) انظر: المراجع السابقة.

(3) في /أ: (فاشبهت).

(4) انظر: الأم 5/ 257، ومختصر المزني / 168.

(5) (فقد) ساقط من /أ.

(6) انظر: الأم 7/ 57، والمطلب العالي. خ. ج 18. ورقة: 257 ـ ب، ج. 2. ورقة: 122 ـ أ.

(7) في /ج: (وأسلمت).

(8) في /أ: (وأسلم).

(9) (من) ساقط من /أ.

(10) في /ج: (من أن رأى الأربع).

(11) انظر: مختصر المزني / 172، الأم 5/ 52.

مسألة (501): المرأة إذا سافرت في حاجة لها، فلا قسم لها، ولا نفقة، وإن سافرت بإذن الزوج[1].

فأما إذا سافرت في حاجة له بإذنه، فنفقتها وقسمها وحقوقها غير ساقطة[2].

(227/ب) **والفرق بين المسألتين**: أن الاذن وإن حصل في المسألة الأولى/ ، فإنها مشتغلة[3] في سفرها بحاجتها[4] وشغلها، والزوج في هذه الأيام ممنوع - بالمسافرة - عن الاستمتاع إن أراد الاستمتاع.

فأما إذا كان سفرها في حاجته، فنفسها مسلمة إليه مصروفة المنافع[5] إلى جهة مخصوصة بتصرف صادر من جهة الزوج، ومعلوم أن المستأجر أجير الشغل لو شغله مدة الإجارة بغير ذلك الشغل كانت الأجرة مستقرة عليه؛ لأن الأجير قد سلم إليه نفسه، فشغله بما شاء.

فإن قال قائل: فما[6] تأثير إذن الزوج؟.

قلنا: تأثير إذنه: أن سفرها لا يكون سفر[7] عصيان ونشوز محض[8] إذا استند[9] إلى الإذن من جهة الزوج، وليس من فوائد إذنه بقاء حقها في القسم والنفقة.

مسألة (502): إذا عجز الرجل عن نفقة بعض نسائه وقدر على نفقة بعضهن[10] فلا

(1) انظر: روضة الطالبين 7/ 347، 9/ 60، ومغني المحتاج 3/ 257، 437.
(2) انظر المرجعين السابقين.
(3) في / أ: (فإنها مستعملة).
(4) في / أ: (فحاجتها).
(5) في / أ: (للتابع).
(6) في / أ: (فبما).
(7) في / أ: (سفره).
(8) (محض) ساقط من / ج.
(9) في / أ: (إذا اسند).
(10) في / ج: (إذا عجز الرجل عن نفقة جميع نسائه وقدر على النفقة لبعضهن).

قرعة، ولكن للمرأة[1] التي لا يعطيها نفقتها الخيار في فسخ النكاح[2].

فأما إذا أراد سفراً وعجز عن استصحاب جميعهن جرت القرعة بينهن[3]، وحق القسم[4]، بخلاف حق النفقة والكسوة والمسكن[5].

والفرق بينهما: أن أصل القسم مفوض إلى اختيار الزوج.

ألا ترى أن الرجل لو كان تحته أربع نسوة ولم يقسم[6] لواحدة منهن فلا حرج عليه[7]، ولكن إذا بدأ فقسم لواحدة ثبت للباقيات طلب التسوية، وكذلك لو قسم بينهن فأراد أن يعتزل[8] ليلة أو ليالي، ثم يعود إلى الترتيب كان له الاعتزال، فلذلك قلنا: إذا بدا له سفر وعجز عن استصحاب جميعهن كان الاختيار إليه في العدد بعد الإقراع للتعيين[9].

فأما النفقة فإنها واجبة عليه كل يوم لكل واحدة منهن، وليس له التأخير ولا الاختيار[10]، وكذلك السكنى والكسوة[11]، فإذا عجز عن تعميمهن بها وقدر على

(1) في / ج: (المرأة).

(2) على أحد القولين. وهو المذهب؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ البقرة: آية (229) فإذا عجز عن الأول تعين الثاني.

القول الثاني: ليس لها الخيار وهو قول المزني؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖۚ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيۡرٞ لَّكُمۡۖ إِن كُنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ٢٨٠﴾ البقرة.

انظر: مغني المحتاج 3/ 442، ونهاية المحتاج 7/ 212، وروضة الطالبين 9/ 72.

(3) انظر: الأم 5/ 111، وروضة الطالبين 7/ 362، والمطلب العالي. خ. ج 19. ورقة: 252 ـ ب.

(4) في / أ: (في حق القسم).

(5) في / أ: (والسكن).

(6) في / أ: (ولم يقم).

(7) انظر: روضة الطالبين 7/ 345، ومغني المحتاج 3/ 251، ونهاية المحتاج 6/ 380.

(8) في / ج: (أن يعين).

(9) في / أ: (كان له الاختيار في العود بعد الاقراع المعتبرة).

(10) انظر: روضة الطالبين 9/ 54، 57، ومغني المحتاج 3/ 426.

(11) وقت وجوب الكسوة أول كل صيف وشتاء، وإن لم يوافق النكاح أول الفصل وجب إعطاؤها في أول كل ستة أشهر.

انظر: روضة الطالبين 9/ 55، 57، ومغني المحتاج 3/ 434.

نفقة[1] بعضهن كان له أن يختار منهن من شاء بالقدر[2] المقدور[3] عليه، ثم للباقيات خيار الفسخ بالإعسار[4]، كما ثبت هذا الحق[5] لكل واحدة منهن على الانفراد عند الانفراد[6].



(1) في /أ: (عن نفقة).
(2) في /ج: (بالقدرة).
(3) في /أ: (المقدر).
(4) في /أ: (بالاعتبار).
(5) (هذا الحق) ساقط من /أ.
(6) (عند الانفراد) ساقط من /أ.

كتاب الخلع

مسألة (503): قال الشافعي ـ رحمه الله في أصل الخلع ـ: «خرج رسول الله ـ ﷺ ـ إلى صلاة الصبح، فوجد حبيبة[1] بنت سهل عند بابه، فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: من هذه؟. فقالت: أنا حبيبة بنت سهل لا أنا ولا ثابت[2] ـ لزوجها ـ فلما جاء ثابت قال له رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: هذه حبيبة تذكر ما شاء الله أن/ تذكر فقالت حبيبة: يا رسول الله كل ما (228/أ) أعطاني عندي، فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: خذ منها، فأخذ منها، وجلست في أهلها»[3].

---

(1) هي حبيبة بنت سهل بن ثعلبة بن الحارث الأنصارية، أسلمت وبايعت رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وأراد أن يتزوجها فكره ذلك لغيرة الأنصار فتزوجها ثابت بن قيس بن شماس، فخالعها، ثم تزوجها أبي بن كعب.
انظر: أسد الغابة 5/ 423، وتهذيب الأسماء واللغات 2/ 337.

(2) هو ثابت بن قيس بن شماس بن زهير بن مالك بن امرىء القيس، يكنى أبا محمد، كان خطيب الأنصار، وخطيب النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ، شهد أحدا وما بعدها من المشاهد مع رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وشهدِ له بالجنة. قتل يوم اليمامة في خلافة أبي بكر شهيداً سنة اثنتي عشرة.
انظر: أسد الغابة 1/ 229، وتهذيب الأسماء واللغات 1/ 139، ومعرفة الأصحاب 3/ 219.

(3) انظر: مختصر المزني / 187.
والحديث أخرجه مالك، وأبو داود والنسائي من حديث عمرة بنت عبد الرحمن بن سعد ابن زرارة.
وأخرجه ابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
وأخرجه البخاري عن ابن عباس: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ـ ﷺ ـ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ـ ﷺ ـ: أتردين عليه حديقته؟.
قالت: نعم.
=

ثم قال الشافعي ـ رحمه ـ: «ولم يقل لا يأخذ منها إلا في قِبْل[1] عدتها، كما أمر المطلق غيره»[2].

ومراده بهذا: الفرق بين حديثين، أحدهما: هذا، والثاني: حديث عبدالله بن عمر ـ رضي الله عنهما ـ[3]: «أنه[4] طلق امرأته في الحيض، فجاء عمر رضي الله عنه ـ فسأل رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ، فقال[5]: مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء طلقها بعد، وإن شاء أمسكها، فتلك العدة التي أمر الله ـ تعالى ـ أن تطلق لها النساء»[6]، ففي هذا الحديث أمر[7] بتأخير[8] الطلاق الثاني إلى الطهر، ولم يأمر في الحديث الأول بتأخير الخلع إلى الطهر، وهذا هو المذهب، ولا يعرف فيه خلاف، وهو: أن الخلع

= قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «إقبل الحديقة وطلقها تطليقة».
وفي رواية: وأمره يطلقها.
وفي رواية أخرى: وأمره ففارقها.
وقد اختلفت الروايات في حديث ابن عباس في اسم المرأة، ففي رواية أنها أخت عبدالله ابن أبي سلول، وفي رواية: أنها جميلة بنت عبدالله بن أبي بن سلول.
انظر: موطأ مالك، كتاب «الطلاق» باب «ما جاء في الخلع» حديث (31)، وسنن أبي داود كتاب «الطلاق» باب «الخلع» حديث (2227)، وسنن النسائي كتاب «الطلاق» باب «الخلع» حديث (3239)، وسنن ابن ماجة كتاب «الطلاق» باب «المختلعة تأخذ ما أعطاها» حديث (2057)، وصحيح البخاري كتاب «الطلاق» باب «الخلع وكيف الطلاق فيه» حديث (19) و (20) و (21)، وفتح الباري 9/ 398.

(1) في /أ: (إلا في وقت).
(2) انظر: مختصر المزني / 187.
(3) راجع التعريف به في جا ص 125.
(4) (أنه) ساقط من /أ.
(5) (فقال) ساقط من /أ.
(6) أخرجه البخاري في كتاب «الطلاق» حديث (1) و(2)، ومسلم في كتاب «الطلاق» باب «تحريم طلاق الحائض بغير رضاها. . .» حديث (1471).
(7) (أمر) ساقط من /أ.
(8) في /أ: (تأخير).

مباح في الحيض[1]، [والطلاق من غير خلع غير مباح في الحيض[2]][3].

والفرق بينهما: أن الرجل إذا أراد[4] ابتداء الطلاق من غير مفاداة فالمرأة غير راضية بطول العدة، وما وطنت نفسها على ذلك، فإذا طلقها في الحيض لم يحتسب في حساب عدتها بقية الحيض، بل تحتسب أول عدتها من أول الطهر القابل، وفي ذلك[5] تطويل العدة عليها؛ فلذلك سميناه طلاق بدعة، وأما[6] المختلعة، فقد وطنت نفسها على التزام الضرر[7] ورضيت به.

ألا ترى[8] كيف رضيت ببذل المال لأجل الاختلاع[9]، وزيادة أيام في العدة أهون من بذل المال على الخلع؛ فلذلك حكمنا بأن الخلع في الحيض، وفي الطهر[10] سواء.

وإذا تقرر هذا الفرق قلنا في الطهر المشتمل على الإصابة بالفرق، كما قلنا في الحيض بالفرق، فإذا أصاب الرجل امرأة في طهر، ثم طلقها فيه من غير خلع كان الطلاق طلاق بدعة[11]؛ لاحتمال اشتمال الرحم على الولد لخوف[12] الندامة العظمى[13]، ولو

---

(1) في / ج: (أن الخلع في الحيض مباح).
(2) انظر: روضة الطالبين 8/ 4، 7، ومغني المحتاج 3/ 308، وكفاية الأخيار 2/ 51، والوسائل في فروق المسائل. خ. ورقة: 931 ـ أ.
(3) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(4) (أراد) ساقط من / أ.
(5) (ذلك) ساقط من / أ.
(6) في / ج: (فأما).
(7) في / ج: (الضرورة).
(8) في / أ: (ألا تراها).
(9) في / أ: (ببدل المال للاختلاع).
(10) في / ج: (في الظهر) بدون الواو قبلها.
(11) انظر: روضة الطالبين 8/ 7، ومغني المحتاج 3/ 308.
(12) في / أ: (ولخوف).
(13) لو طلقها وظهر فيها حمل، فإن الإنسان قد يطلق الحائل دون الحامل. انظر: مغني المحتاج 3/ 308.

خالع في مثل هذا الطهر لم يكن بدعة[1]؛ لما ذكرناه[2]: من[3] أنهما قد وطنا أنفسهما على أنواع الضرر بسبب الشقاق الظاهر بينهما.

ولمثل هذه النكتة فصلنا بين طلاق[4] الحايل والحامل، فلم نجعل طلاق الحامل بدعة[5]؛ لأنهما راضيان بما يلحق من ندامة[6] على[7] الولد، والطلاق يحصل على بصيرة، فإذا كانت حائلاً أصابها في الطهر، ثم طلقها لم نأمن أن تكون حبلى، وأن يلحقه[8] الندامة بالطلاق.

مسألة (504): إذا خالع الرجل امرأته على دينار وتشارطا[9] أنها متى شاءت استرجاع الدينار رده عليها على أن يكون له / الرجعة إذا ردت[10] الدينار، فالخلع فاسد، والفرقة واقعة، وله عليها مهر المثل، ولو شرط فقال: خالعتك بدينار على أن لي الرجعة، فاختلعت على ذلك، فله الرجعة، ولا يلزمها الدينار[11]. **(228/ب)**

(1) انظر: روضة الطالبين 8/ 7، وكفاية الأخيار 2/ 51-52.
(2) في / ج: (لما ذكرنا).
(3) (من) ساقط من / ج.
(4) في / أ: (خلاف).
(5) انظر: روضة الطالبين 8/ 7، ومغني المحتاج 3/ 309.
(6) في / أ: (بداية).
(7) (على) ساقط من / ج.
(8) في / ج: (يلحق).
(9) في / أ: (وشارطا).
(10) في / أ: (إذا أراد).
(11) هاتان المسألتان منصوص عليهما، واختلف الأصحاب فيهما على طريقين:
الطريق الأول: نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى وتخريجهما جميعاً على قولين. وممن ذهب إلى ذلك ابن سلمة، وابن الوكيل.
الطريق الثاني: تقرير النصين وإيجاد الفرق بينهما. وهذا عليه عامة الأصحاب.
انظر: مختصر المزني / 187، والمطلب العالي. خ. ج 19 ورقة 114 ـ أـ ب، وروضة الطالبين 7/ 398، وكفاية الأخيار 2/ 51، ومغني المحتاج 3/ 271.

والفرق بين المسألتين: أنه[1] في المسألة[2] الأولى راضٍ في أصل الخلع بقطع الرجعة غير أنه اشترطها في الثاني إن رغبت في استرجاع الدينار، فانقطعت الرجعة في الحال، وبطل الشرط في الثاني، وفسدت التسمية، ووجب مهر المثل.

فأما في المسألة الثانية فإنه في أصل الخلع يشترط[3] استبقاء الرجعة مع اللفظ، وما رضي بقطعها وانقطاعها قط[4]، واشترط[5] عليها المال مع الرجعة، واجتماعهما محال، فلا بد من تغليب أحدهما على الثاني، وأقواهما: أولاهما[6] بالبقاء والاستبقاء، والرجعة هي الأقوى، والدليل على أنها أقوى من المال: أن الرجعة تثبت بمجرد الطلاق[7]، وأن المال لا يثبت إلا بالشرط، وأن الرجعة مستفادة بالنكاح، والمال إنما يستفاد بالطلاق[8].

مسألة (505): إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق على ألف. فقالت: قبلت الطلاق ولم أقبل الألف فالطلاق غير واقع[9].

ولو كانت المرأة محجوراً عليها فقال لها[10]: أنت طالق على ألف، فقالت:

---

(1) في / ج: (أن).
(2) (المسألة) ساقط من / أ.
(3) في / أ: (شرط).
(4) (قط) ساقط من / ج.
(5) في / ج: (فاشتراطه).
(6) في / أ: (وأولاهما).
(7) أي أن الرجعة مترتبة على حصول الطلاق.
(8) وذكر صاحب الوسائل في فروق المسائل هاتين المسألتين وفرق بينهما بفرق قريب مما ذكر المؤلف، ويكاد يكون أوضح فقال: «والفرق بينهما: أنها إذا شرطت أن لها الرجوع فقد شرطت ما ينافي الخلع وليس ذلك إليها، ومسألتنا ليست كذلك؛ لأنه شرط شيئين متضادين. استحقاق الدينار، وثبوت الرجعة؛ فلهذا أسقطها أحد الشرطين فأثبتنا الشرط الآخر» أ. هـ. الوسائل في فروق المسائل. خ. ورقة: 93 ـ أ ب.
(9) انظر: مغني المحتاج 3/ 269، ونهاية المحتاج 6/ 406، وروضة الطالبين 7/ 380.
(10) (لها) ساقط من / أ.

قبلت الطلاق والألف لم يلزمها[1] الألف ووقع الطلاق[2]، نص عليه الشافعي رحمه الله.

والفرق بين المسألتين: أنها إذا قالت: قبلت الطلاق ولم أقبل الألف لم يؤخذ من جانبها[3] الوصف الذي يعلق الطلاق به، وهو: قبول المال، ومعقول أن الخلع عن جانب الزوج ينتمي إلى أصلين[4]: أحدهما: التعليق، والثاني: المعاوضة[5]، وهو من جانب المرأة معاوضة محضة[6]، فإذا كان من ضرورة الخلع تعليق الطلاق [بالوصف من جانب الزوج ـ وقد علق طلاقها بقبولها المال ـ فإذا لم تقبل لم يوجد الوصف وإذا لم يوجد الوصف لم يقع الطلاق][7].

فأما إذا كانت محجوراً عليها، فقبلت[8] المال والطلاق فقد وجد الوصف من جهتها وهو: قبول المال، فأما صحة القبول ولزوم المال فهو وصف آخر، والطلاق غير معلق[9] به فلا يتوقف[10] وقوعه عليه.

---

(1) في /أ: (لا يلزمها).

(2) رجعياً.

انظر: مختصر المزني /187، والأم 5/ 199، وروضة الطالبين 7/ 386.

(3) في /ج: (من حقها).

(4) في /أ: (ينبني إلى الأصلين).

(5) في /أ: (للمعاوضة).

(6) (محضة) ساقط من /ج.

وهذا ينبني على الخلاف في الخلع، هل هو طلاق ينقص به العدد، أو فسخ لا ينقص به العدد؟.

وفيه قولان. الجديد: أنه طلاق.

فإن قلنا: إن الخلع فسخ، فهو معاوضة محضة من الجانبين، لا مدخل للتعليق فيه.

وإن قلنا: إنه طلاق، فهو معاوضة؛ لأخذه عوضاً في مقابلة ما يخرجه عن ملكه، فيها شوب تعليق؛ لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول المال.

انظر: روضة الطالبين 7/ 375، 379-380، ومغني المحتاج 3/ 268-269.

(7) ما بين الحاصرتين مكرر في /أ.

(8) في /ج: (فأما إذا كانت محجورة فقالت قبلت).

(9) في /أ: (متعلق).

(10) في /أ: (ولا يتوقف).

مسألة (506): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا بقي للرجل[1] على امرأته تطليقتان[2]، فقالت: طلقني ثلاثاً بألف، فطلقها واحدة / استحق[3] ثلث **(229/أ)** الألف، فإن طلقها طلقتين استحق عليها جميع الألف»[4].

والفرق بين الحالتين: أنه إذا طلقها واحدة من الاثنتين[5] فقد أعطاها من العدد المقصود ثلثه، ولم يحرمها[6] الحرمة الكبرى، فاستحق[7] عليها من المال المضمون ثلثه؛ لأنه مقدار مقابل المقدار[8]، فأما إذا طلقها اثنتين، فقد أوقع عليها جميع ما ملك، وذلك غاية مقصودها، والزوج لا يملك غير هذه الغاية؛ فلذلك استحق عليها جميع الألف بإيقاع الطلقتين وثلث[9] الألف بايقاع الواحدة، [ولو لم يبق له عليها من الطلاق إلا و احدة][10]، فقالت: طلقني ثلاثاً بألف، فأرسل الواحدة الباقية استحق عليها جميع الألف[11].

---

(1) في (أ: (الرجل).
(2) في / ج: (طلقتان).
(3) في / أ: (استحقت).
(4) انظر: الأم 5/ 204، وروضة الطالبين 7/ 418.
(5) في / أ: (من اثنتين).
(6) في / أ: (ولم يخرجها).
(7) في / أ: (واستحق).
(8) في / أ: (بمقدار).
(9) في / أ: (وثلثي).
(10) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ، ج. ولا يستقيم الكلام إلا به، وقد أثبته من نص الشافعي في الأم.
(11) نص الشافعي ـ رحمه الله ـ على هذا، قال النووي: «وللأصحاب أوجه: أصحها عند القفال والشيخ أبي علي وكبار الأصحاب وأكثرهم: وجوب جميع الألف، كما نص عليه سواء علمت أنه لم يبق إلا طلقة، أم ظنت بقاء الثلاث.
والثاني: لا يستحق إلا ثلث الألف في الحالين، وهو قول المزني، وابن خيران.
والثالث: إن علمت استحق الألف، وإلا فثلثه، قاله ابن سريج وأبو إسحاق.
والرابع: يستحق مهر المثل، قاله صاحب التلخيص.
والخامس: لا يستحق شيئاً؛ لأنه لم يطلق، كما سألت. حكاهما الحناطي» أ. هـ.
روضة الطالبين 7/ 418، وانظر: الأم 5/ 204، ومختصر المزني / 189، والتلخيص. خ. ورقة: 74 ـ أ.

وعلى[1] هذا فرع بعض مشايخنا فقال: لو سألت عشر تطليقات بألف، فطلقها طلقة استحق عليها عشر الألف، ولو طلقها طلقتين[2] استحق الخمس، ولو طلقها ثلاثاً استحق الألف[3] بكمالها[4].

مسألة (507): إذا بدأ الزوج فقال: أنت طالق ثلاثاً بألف، فقالت: قبلت واحدة بثلث الألف، فلا طلاق[5]، وإن قالت: قبلت واحدة [بجميع الألف وقع الثلاث، ووجب جميع الألف[6].

الفرق بينهما: أنها إذا قالت: قبلت واحدة][7] بثلث الألف، فقد امتنعت عن قبول جميع المال[8]، ووقوع الطلاق معلق بقبول جميعه، فلا بد من وجود الوصف، لإمكان إيقاع الطلاق، فإن الخلع من جانبه ــ على ما وصفنا ـ[9] تعليق ومعاوضة، فأما إذا قالت: قبلت واحدة بجميع الألف، فقد صار الوصف[10] موجوداً؛ لأن الوصف قبولها جميع المال[11]، فأما إيقاع الطلاق، فليس إليها،

(1) في / أ: (على) بدون الواو قبلها.
(2) في / ج: (اثنتين).
(3) وهو الأصح عند القفال، والشيخ أبي علي، والجاري على قياس النص.
انظر: روضة الطالبين 7/ 418، ومغني المحتاج 3/ 275.
(4) (بكمالها) ساقط من / ج.
(5) انظر: روضة الطالبين 7/ 380، ومغني المحتاج 3/ 269، وحلية العلماء 6/ 568.
(6) على أصح الأوجه، وبه قال القفال.
الوجه الثاني: أنه لا يقع شيء؛ لاختلاف الإيجاب والقبول.
الوجه الثالث: يقع طلقة؛ لأن الزوج مستقل بالطلاق، والزوجة إنما يعتبر قبولها بسبب المال، فإذا قبلت المال اعتبر في الطلاق جانب الزوج.
انظر: روضة الطالبين 7/ 380، ومغني المحتاج 3/ 269.
(7) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(8) في / ج: (جميع الألف).
(9) (على ما وصفنا) ساقط من / أ.
ومراد المؤلف بذلك ما ذكر في ص: 213.
(10) في / أ: (صار الألف).
(11) في / أ: (لجميع المال).

وكذلك ليس إليها الاختيار في العدد، فمتى ما قبلت واحدة بجميع الألف وقعت الثلاث معا، ولم يتقدم بعضها على بعض، ولو تقدمت واحدة بالوقوع لاستحال وقوع الثانية، فالثالثة؛ لأن المختلعة لا يلحقها[1] الطلاق[2]، ويستحيل الترتيب في الوقوع واللفظ لفظ الجمع.

مسألة (508): إذا قال لها: إن أعطيتيني ألف درهم فأنت طالق[3] ـ ودراهم البلد فتحية وهي: التي أكثرها فضة ويخالطها من الغش مقدار درهم وزيادة ـ فجاءت بدراهم كلها نقرة خالصة[4] ردية كانت النقرة، أو جيدة فأعطتها إياه[5]، وقع الطلاق، ولزمه رد تلك[6] الدراهم عليها، ولزمها ألف درهم فتحية، وهي نقد البلد[7]، فصرفنا وقوع الطلاق إلى ما أعطت، وصرفنا الاستحقاق إلى غير ما أعطت.

وإنما فعلنا ذلك؛ لأنهما أصلان مفترقان[8] متباينان، أحدهما: التعليق، والثاني: المعاوضة، فمن حق التعليق أن لا يقع[9]/ الطلاق إلا بحقيقة الوصف، (229/ب) وحقيقة الوصف هاهنا في حقيقة الاسم[10]، وحقيقة الاسم: الدراهم التي تكون نقرة خالصة لا يشوبها شيء، فأما المغشوشة فلا تنطلق عليها[11] حقيقة اسم

---

(1) في /أ: (لم يلحقها).
(2) انظر: الأم 5/ 198، ومختصر المزني / 187-188.
(3) (فأنت طالق) ساقط من /أ.
(4) في /ج: (خالطة).
(5) في /ج: (فأعطاها إياها).
(6) في /ج: (ذلك).
(7) انظر: روضة الطالبين 7/ 410. والمطلب العالي خ. ج 19. ورقة: 328 ـ ب ـ 330 ـ أ.
(8) في /أ: (متفرقان).
(9) في /أ: (ألا يقع). وجاءت متكررة.
(10) (وحقيقة الاسم) ساقط من /أ.
(11) (عليها) ساقط من /ج.

الدراهم؛ فلذلك لا يقع الطلاق بإعطائها إياها وإن كانت هي نقد البلد[1]، [ووقع الطلاق باعطاء غيرها، وإن لم تكن نقد البلد][2].

[وأما الأصل الثاني: وهو المعاوضة، فإنها تنصرف إلى نقد البلد][3] المعتاد في المعاوضات، وهي الدراهم الفتحية؛ فلذلك استحق عليها ألفاً فتحية، ولزمه أن يرد عليها ما أخذ منها.

فإن قيل: أليس إذا قال لها: إن أعطيتيني عبداً فأنت طالق، فأعطته عبداً وقع الطلاق، ولزمه رد العبد، ولما لزمه رد العبد رجعنا إلى مهر المثل لا إلى المسمى، ولا إلى قيمة[4] المسمى[5]، فهلا قلتم في هذه المسألة بإيجاب مهر المثل لما لزمه رد ما وقع الطلاق بإعطائه؟.

قلنا: الفرق بينهما[6]: أنه إذا قال: إن أعطيتيني عبداً فأنت طالق: فالمسمى مجهول، وبهذا اللفظ لا يتصور استحقاق العبد في المعاوضات، فألزمناه[7] ـ بسبب الجهالة ـ الرجوع إلى مهر المثل، فأما المسألة الأخرى التي نحن فيها، فالمسمى فيها معلوم وهو: ألف درهم، وإطلاق النقد ليس بجهالة إذا كان في البلد نقد واحد،

---

(1) على أصح الوجهين.
الوجه الثاني: أنه يقع الطلاق. وقطع به المتولي والبغوي.
انظر: روضة الطالبين 7/ 410، والمطلب العالي خ. ج 19. ورقة: 330 ـ ب.

(2) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.

(3) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(4) في / أ: (ولا إلى القيمة).

(5) هذا إذا لم يصفه، أما إذا وصفه بما يعتبر في السلم فأتت به بالصفة فإنها تطلق ويملكه الزوج.
انظر: الأم 5/ 206، وروضة الطالبين 7/ 412، والمطلب العالي.خ. ج 19. ورقة: 332 . أ.

(6) في / أ: (قلنا: والفرق بينه).

(7) في / ج: (فلزمنا).

حتى إذا كان في البلد نقود مختلفة كانت المسألتان سواء[1] في الرجوع إلى مهر المثل[2].

مسألة (509): إذا اختلف الزوجان[3] في بدل الخلع، فقال الزوج: خالعتك على ألف درهم قد[4] ضمنتيها[5] لي، وقالت المرأة: بل[6] على سبعمائة ضمنتها [لك: تحالفا، والفرقة واقعة[7].

ولو قال الزوج: خالعتك على ألف ضمنتيها[8]][9] لي، فقالت: ضمنها لك فلان نظر، فإن قالت هذا القول على معنى أن المخالعة جرت بينك وبين فلان فلا تحالف بينهما، والقول قول المرأة مع يمينها أني ما اختلعت منك[10]، وإن تصادقا على أن لفظ الخلع جرى بينهما ولكن ادعت المرأة أني قلت لك: اختلعت على ألف درهم ضمنها فلان، وكان فلان وكلني[11] وأمرني بهذه العبارة، فقال الزوج: بل اختلعت بعبارة مطلقة والتزمت المال تحالفا في ظاهر نص الشافعي - رحمه الله - حيث قال: «فإن قالت: عليّ ألف درهم ضمنها لك غيري، أو قالت: عليّ ألف فلس، فأنكر: تحالفا، وكان له عليها مهر المثل»[12].

---

(1) في / أ: (واحد).

(2) على أحد القولين.
انظر: روضة الطالبين 7/ 432، والمطلب العالي.خ. ج 19. ورقة: 328 - ب، 329 - أ، ومغني المحتاج 3/ 278.

(3) (الزوجان) ساقط من / ج.

(4) في / أ: (وقد).

(5) في / أ، ج: (ضمنتها) والصواب ما أثبت.

(6) (بل) ساقط من / أ.

(7) انظر: مغني المحتاج 3/ 278، وروضة الطالبين 7/ 431.

(8) في / أ: (ضمنتها).

(9) ما بين الحاصرتين مكرر في / ج.

(10) انظر: المطلب العالي.خ. ج. 2 ورقة: 29 - ب، والمهذب 2/ 77، والتنبيه / 173.

(11) في / أ: (وكيل).

(12) انظر: الأم 5/ 197، ومختصر المزني / 188، وروضة الطالبين 7/ 435.

(230/أ) **والفرق بين هاتين الصورتين**: أنها إذا جحدت أصل العبارة فقالت/ : ما خالعتني وإنما خالعت فلاناً، فهي غير معترفة بأن عقد الخلع جرى بينهما، ولكن إذا ادعى الزوج على المرأة أنها عاقدته عقداً[1] والمرأة جاحدة فالقول قولها؛ لأن كل من ادعى عليه عقد من العقود وهو جاحد فالقول قوله إنه لم يعقد[2] ذلك العقد[3]، فأما الصورة الثانية: فهما معترفان بأن العقد قد جرى بينهما، ولكنهما مختلفان في لفظ من ألفاظ العقد، ووصف من أوصافه، فالزوج يقول: كان اللفظ مطلقاً فتوجه المال عليك بإطلاق اللفظ، والمرأة تقول: ما أطلقت اللفظ[4]، ولكن أضفت إلّي غيري على جهة النيابة، لا على جهة المباشرة، فصارا[5] كالمختلفين في بعض[6] أوصاف البيع، إمّا في إثبات الخيار ونفيه، وإما في مقدار[7] الثمن، وإما في مقدار الأجل، فحكمها بالتحالف[8] في جميع هذه الصور[9].

مسألة (510): السفيه المحجور عليه إذا خالع زوجته على ألف ومهر مثلها ألفان صحت المخالعة على ألف[10].

ولو كانت المرأة سفيهة محجوراً عليها[11] فاختلعت[12] بألفين ومهر مثلها ألف

---

(1) في /أ: (عقد).
(2) في (أ: (لم ينعقد).
(3) انظر: المهذب 1/ 294، ومغني المحتاج 3/ 277.
(4) (اللفظ) ساقط من /أ.
(5) في /ج: (فصار) بدون ألف التثنية.
(6) في /أ: (في وصف بعض).
(7) في /ج: (وأما في المقدار).
(8) في /أ: (التحالف).
(9) في /أ، ج: (الصورة) والصواب ما أثبت.
وانظر: مغني المحتاج 2/ 94-95، وروضة الطالبين 3/ 575.
(10) انظر: روضة الطالبين 7/ 383، ومغني المحتاج 3/ 263.
(11) (محجوراً عليها) ساقط من /أ.
(12) في /أ: (فاختلف).

أوجبنا مهر المثل، ولم نزد[1] عليه[2].

وإنما فصلنا بينهما؛ لأن السفيه لو أراد الطلاق مع الحجر ـ على غير عوض ـ كان له ذلك وكان طلاقه[3] واقعاً؛ لأنه بمعزل عن الحجر وعن ولاية الحجر[4]، فإذا أخذ عوضاً ـ وإن كان قليلاً ـ كان أولى بالجواز، وهذا معنى قول الشافعي ـ رحمه الله ـ: «وإذا[5] أجزت[6] طلاق السفيه بلا شيء كان ما أخذ عليه جعلاً أولى»[7].

فأما السفيهة فإنها باذلة مالاً بالاختلاع، وبذل المال بالعقود وغير العقود مما دخل تحت سلطان الحجر، فإذا زادت على مهر المثل كانت[8] كما لو اشترت سلعة بأكثر من قيمة مثلها، فلا يصح شراؤها بجميع الثمن وإنما يصح شراؤها بثمن المثل[9] مع الإذن[10].

---

(1) في /أ: (ولم يرد).

(2) ومحل هذا الوجه: إذا أذن الولي لها في الخلع، كما أشار إليه المؤلف في الفرق بين المسألتين.
وقطع النووي بعدم صحة الخلع سواء أذن الولي أم لا، ويقع الطلاق رجعياً إذا قبلت.
انظر: روضة الطالبين 7/ 386، ومغني المحتاج 3/ 264، ونهاية المحتاج 6/ 397، والمطلب العالي خ. ج 19 ورقة: 295 . أ.

(3) في /ج: (وكان له طلاقه).

(4) انظر: مغني المحتاج 2/ 172، وروضة الطالبين 7/ 383.

(5) في /أ: (وان).

(6) في /ج: (أصرّت).

(7) انظر: مختصر المزني / 190، والأم 5/ 200.

(8) في /ج: (كان).

(9) في /أ: (لا المثل).

(10) هذا بناء على صحة تصرف المحجور عليه إذا أذن له الولي، وهو أحد الوجهين. الوجه الثاني: أنه لا يصح التصرف، وهو الأصح عند الأكثرين، فعلى هذا لا يصح الشراء.
انظر: روضة الطالبين 4/ 184، ومغني المحتاج 2/ 172.

[فإن قيل: إنها إذا اختلعت بمقدار مهر المثل في حالة الحجر مع الإذن][1] فقد بذلت مالاً وما قبضت مالاً، فالقياس يقتضي[2] أن لا يجوز[3] أصل خلعها[4] وإن لم يزد على مهر مثلها.

قلنا: إنها بالخلع تملك بعضها ويزول ملك الزوج عنها فجرى ذلك مجرى تملك[5] المال في مقابلة المال.

ألا ترى أن الرجل إذا نكح في مرض موته بمهر المثل جعلناه، كمبتاع سلعة بقيمة المثل، ونزلنا البضع الذي تملكه بمنزلة مال تموله، ولم نجعله[6] في بذل المهر بمنزلة المتبرع الموصي، أو الواهب[7] هبة الثواب[8] [9]، فكذلك الزوجة ملكت البضع بالخلع / فجعلناها، كمالكة المال، والله أعلم. (230/ب)



(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(2) (يقتضي) ساقط من / ج.
(3) في / ج: (أن لا يجوزوا).
(4) في / أ: (جعلها).
(5) (تملك) ساقط من / أ.
(6) في / أ: (ولم نجعل).
(7) في / ج: (والواهب).
(8) في / أ، ج: (الثياب) والصواب ما أثبت؛ لأنها من ثاب يثوب: إذا رجع.
انظر: معجم مقاييس اللغة 1/ 393، والصحاح 1/ 94.
(9) حيث أن الهبة والوصية في المرض من الثلث، أما نكاح المريض بمهر المثل فهو من رأس المال.
انظر: روضة الطالبين 6/ 123، 132، والمهذب 1/ 453، وشرح مختصر المزني خ. ج 6 ورقة: 240 ـ أ.

كتاب الطلاق

مسألة (511): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً[1] للسنة في كل قرء واحدة[2] وكانت طاهراً[3] حبلى وقعت في الحال طلقة واحدة، ولم تقع الثنتان[4] ـ إن كانت تحيض على الحبل أو لا تحيض ـ حتى تلد، ثم تطهر، وإن لم يحدث لها رجعة حتى تلد بانت بانقضاء العدة، ولم يقع عليها[5] غير الأولى»[6]، هذا كلامه في الحبلى، ولو قال هذه المقالة لغير الحبلى وقع عليها ثلاث تطليقات[7] في ثلاثة أقراء[8]، فلم يعتبر[9] الشافعي ـ رحمه الله ـ أقراء الحامل في حكم إيقاع الطلقات، واعتبرها[10] في حكم الصلاة والصوم[11] ومباشرة الزوج ـ على أحد القولين[12] ـ

(1) (ثلاثاً) ساقط من / ج.
(2) في / أ: (واحد).
(3) في / أ: (طاهره).
(4) في / ج: (الثلاث).
(5) (عليها) ساقط من / ج.
(6) انظر: مختصر المزني / 191، والأم 5/ 181، ونهاية المطلب. خ. ج. 7 ورقة: 18 ـ ب، 19 ـ أ.
(7) في / ج: (طلقات).
(8) انظر: مختصر المزني / 191، وروضة الطالبين 8/ 15، ونهاية المطلب خ. ج 7 ورقة: 18 ـ ب.
(9) في / أ: (ولم يعتبر).
(10) في / أ: (واعتبرناها).
(11) في / ج: (والصيام).
(12) أي على القول بأن الدم الذي تراه الحامل حيض.
وهو القول الجديد، والصحيح عند الأصحاب بالاتفاق.
القول الثاني: إنه ليس بحيض، وهو القول القديم.
انظر: الأم 5/ 220، ومختصر المزني / 218، والمجموع 2/ 384، والشرح الكبير 2/ 576-577.

فحرم[1] مباشرة الحائض وأسقط الصلاة عنها في أيام الدم[2].

والفرق بين حكم[3] إيقاع الطلاق وبين حكم العبادة والمباشرة: أن العبادات مؤقتة بزمان مخصوص، وكذلك تركها وسقوطها من المعاني المؤقتة بزمان مخصوص، فإذا حاضت فقد دخل عليها وقت إسقاط الصلاة[4] وترك الصيام وتحريم[5] المقاربة إلى أن تطهر، فإذا[6] طهرت[7] دخل عليها ـ بالطهر[8] ـ وقت وجوب الصلاة وصحة الصيام وهي ما دامت في الحيض[9] كان حالها منافياً لحالة[10] الطهارة، والطهارة شرط في صحة[11] الصلاة.

فأما توزيع الطلقات[12] على[13] الأقراء ـ عند إطلاق اللفظ ـ فإنما يستقيم ذلك في الأقراء المطلقة، والأقراء المطلقة[14] هي[15]: أقراء الحايل لا أقراء الحامل، والدليل على هذا أن الله عز وجل قال: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ

(1) في /أ: (يحرم).
(2) قال في الأم: «ولو كانت تحيض على الحمل تركت الصلاة واجتنبها زوجها ولم تنقض عدتها بالحيض؛ لأنها ليست من أهله إنما أجلها أن تضع حملها» أ. هـ. الأم 5/220، وانظر: مختصر المزني /218.
(3) (حكم) ساقط من /أ.
(4) (الصلاة) ساط من /ج.
(5) في /أ: (وتحرم).
(6) في /أ: (فإن).
(7) في /ج: (طهر).
(8) (بالطهر) ساقط من /ج.
(9) في /ج: (وهي ما دامت في الحبس).
(10) في /أ: (كانت حالتها ما فيه حالة).
(11) (صحة) ساقط من /أ.
(12) في /أ: (الطلاق).
(13) (على) ساقط من /ج.
(14) (والأقراء المطلقة) ساقط من /أ.
(15) في /أ: (وهي).

قُرُوٓءٖ﴾[1] فلم تنصرف هذه[2] القروء المطلقة[3] إلى قروء الحامل [وهي قروء العدة، وكذلك قروء العدة للطلاق؛ ولإيقاعه لا تنصرف[4] إلى قروء الحامل][5] إلا أن ينوي، فإذا نوى بذلك[6] غير ما يقتضيه اللفظ المطلق غيرنا[7] الحكم حينئذٍ بسبب النية الموجودة.

مسألة (512): إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة. فقد قال الشافعي[8] ـ رحمه الله: «وقع عليها[9] اثنتان في أي الحالتين كانت. يعني: حالة السنة، أو حالة[10] البدعة والأخرى إذا صارت في الحال[11] الأخرى»[12]. فجعل البعض[13] في هذه المسألة لفظاً في إيقاع الثنتين، وقد قال[14] الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو قال لأربع نسوة: أوقعت/ بينكن تطليقة كانت كل واحدة منهن طالقاً واحدة، وكذلك (231/أ)

(1) وتمام الآية: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾﴾ البقرة.

(2) في /أ، جـ: (هذا) ولعل الصواب ما أثبت.

(3) في /جـ: (المطلق).

(4) في /أ: (ينصرف) ولعل الصواب ما أثبت.

(5) ما بين الحاصرتين ساقط من /جـ.

(6) في /جـ: (ذلك).

(7) في /جـ: (فغيرنا).

(8) في /أ: (فقال الشافعي).

(9) في /جـ: (عليه).

(10) في /أ: (وحالة) بدون ألف قبل الواو.

(11) في /أ: (في الحالة).

(12) ونصه في المختصر: «ولو قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة، وبعضهن للبدعة وقعت اثنتان في أي الحالين كانت، والأخرى إذا صارت في الحال الأخرى» أ. هـ. مختصر المزني / 191، وانظر: الأم 5/ 182، وروضة الطالبين 8/ 12.

(13) في /أ: (البضع).

(14) في /أ: (وقال).

طلقتين وثلاثاً وأربعاً[1]. يعني: لو قال أوقعت بينكن ثلاثاً، أو قال: أوقعت بينكن أربعاً ـ وليست له نية في الكيفية ـ لم تطلق كل واحدة منهن إلا طلقة واحدة[2] فكأنه في الظاهر[3] أخذ في المسألة الأولى بأكثر ما يحتمله اللفظ؛ لأن البعض[4] يصلح للواحدة[5] ولما دون الواحدة، ولم يأخذ في المسألة الثانية بالأكثر، لأن قوله: أوقعت بينكن ثلاثاً يحتمل إيقاع ثلاث على[6] كل واحدة منهن[7] بأن يوقع من[8] كل طلقة بعضاً على كل واحدة؛ ولهذا الإشكال اختار المزني في المسألة الأولى إيقاع واحدة في الحال الأولى أخذاً بالأقل ومصيراً إليه[9].

والفرق بين المسألتين: أن الشافعي ـ رحمه الله ـ في المسألة الأولى استعمل لفظاً[10] يقتضي ظاهره تسوية وتنصيفاً وهو: لفظ البعض، فإن الرجل إذا قال بعض هذا المال لفلان وبعضه لفلان كان الظاهر[11] من هذه العبارة أن فلاناً وفلاناً سواء في المال[12]، وما منزلته إلا منزلة لفظ الشركة[13] [14]، ولو أن رجلاً اشترى

(1) انظر: مختصر المزني /194، والأم 5/ 187، وبحر المذهب.خ. ج 14 ورقة: 36 ـ ب.
(2) (واحدة) ساقط من /أ.
(3) في /أ: بعد هذه اللفظة جاء الناسخ بكلام من مسألة: فساد المهر لا يقدح في العقد في مسألة رقم (494)، وقد أكمل هذه المسألة في نفس اللوحة بعد أربعة أسطر ونصف من مسألة المهر.
(4) في /أ: (البضع).
(5) في /أ: (لواحدة).
(6) (على) ساقط من /ج.
(7) (منهن) ساقط من /ج.
(8) في /أ: (عن).
(9) انظر: مختصر المزني/ 191 - 192، وروضة الطالبين 8/ 13.
(10) في /أ: (بعضاً).
(11) في /أ: (الظهر).
(12) لأن التبعيض يقتضي التشطير.
انظر: مغني المحتاج 3/ 311، وروضة الطالبين 8/ 13.
(13) في /أ: (وما منزلته إلا منزلة لفظة المشتركة).
(14) والشركة إذا أطلقت تقتضي المساواة.
انظر: المنثور في القواعد 2/ 253.

عبداً بألف وقال له رجل عالم بمقدار الثمن: أشركني في بيع هذا العبد، فقال: أشركتك حكمنا بالتنصيف، وجعلنا نصفه مبيعاً منه بخمسمائة[1]، وما صرح بلفظ التنصيف، ولكن تلفظ بلفظة[2] ظاهرها التنصيف، فجرينا على ظاهرها/ ، (231/ب) [وكذلك إذا قال: أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة، فالظاهر][3] من هذا اللفظ إيقاع النصف في حاله والنصف في الحالة[4] الأخرى، ونصف الثلاثة طلقة ونصف، والنصف[5] يصير طلقة كاملة[6]، فأوقعنا في الحال طلقتين وأخرنا الثالثة إلى الحالة الأخرى[7].

فأما في المسألة الثانية، فليس في عبارتها لفظ ظاهر يدل على إيقاع جزء من كل طلقة على كل واحدة، فإنه قال: أوقعت بينكن ثلاث تطليقات، أو أربع[8] تطليقات، والظاهر من قوله: أوقعت بينكن: أنه سوى بين النساء في مقدار ما يوقع على كل واحدة منهن، فقسمنا عليهن ثلاث تطليقات فخص كل واحدة منهن ثلاثة أرباع طلقة من الثلاث، وطلقة كاملة من الأربع، إلا أن يقول: نويت قسمة كل طلقة على جميعهن فنأخذ حينئذٍ بنيته[9] ونوقع بلفظ الثلاث ثلاث تطليقات على كل واحدة منهن.

فإن قال قائل: أرأيت لو قال قائل: هذا المال بين فلان[10] وفلان ـ والمال دنانير معدودة، أو ثياب، أو ما أشبههما[11] ـ أليس مقتضى هذا اللفظ الشيوع في

(1) انظر: المرجع السابق.
(2) في /أ: (بلفظ).
(3) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(4) (الحالة) ساقط من /ج.
(5) (والنصف) ساقط من /أ.
(6) لأن الطلاق لا يتبعض، وقد حكى فيه ابن المنذر الإجماع.
انظر: روضة الطالبين 8/ 85، ومغني المحتاج 3/ 298.
(7) في /ج: (الثانية).
(8) في /أ: (أوقعت بينكن أنه سوى بين النساء ثلاث تطليقات وأربع).
(9) في /ج: (بنيه).
(10) في /ج: (من فلان).
(11) في /ج: (أو ما أشبهها).

الاستحقاق بظاهره حتى يكون لكل واحد[1] منهما في كل دينار نصفه ما لم يتقاسما؟.

قلنا: هذا اللفظ بظاهره لا يقتضي نهاية الشيوع، بل يجوز أن يقال: هذه الدار بين زيد وعمرو، على[2] معنى أن أحد النصفين بعينه لزيد والنصف الثاني لعمرو، كما[3] يجوز أن يطلق على الشيوع.

مسألة (513): إذا قال لها: أنت طالق؛ لدخول الدار[4] وقع الطلاق في الحال دخلتها أو لم تدخلها[5].

ولو قال: أنت طالق إن دخلت الدار توقف الوقوع على الدخول[6].

والفرق بينهما: أنه إذا قال: أنت طالق؛ لدخول[7] الدار فقد علل الطلاق المنجز، وإذا قال: أنت طالق إن دخلت الدار فقد علق الطلاق، والتعليق خلاف التعليل، وليس من شرط التعليل أن يكون صادقاً فيه، فإنه لو قال: طلقتك ثلاثاً؛ لأنك قد[8] كلمت فلاناً طلقت ثلاثاً، وإن ثبت أنها لم تكلم فلاناً[9]، وإذا علق بالوصف اقتضى التعليق وجود الوصف، وقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو قال: أنت طالق. لفلان، أو لرضا فلان طلقت مكانه»[10]، ولم يشتغل باعتبار

---

(1) في /أ: (لكل واحدة).
(2) في /أ: (وعلى).
(3) في /ج: (وكما).
(4) (الدار) ساقط من /أ.
(5) في /أ: (أو لم تدخل).
وانظر: القواعد للحصني القسم الأخير 2/ 874، وكفاية النبيه، خ. ج 9 ورقة: 219 ـ ب، وروضة الطالبين 8/ 10.
(6) انظر: المنثور في القواعد 1/ 375-376، والأشباه والنظائر لابن السبكي 1/ 425، ومغني المحتاج 3/ 315-316.
(7) في /أ: (لدخولك).
(8) (قد) ساقط من /أ.
(9) انظر: بحر المذهب خ. ج 14. ورقة: 14 ـ أ.
(10) انظر: مختصر المزني / 192.

وجود رضى فلان؛ ولذلك قلنا: إذا قال: أنت طالق أن دخلت الدار بفتح الألف طلقت في الحال[1] دخلت أو لم تدخل، وإذا كسر الألف لم يقع الطلاق إلا بالدخول[2].

وحكي أن أبا يوسف قال للخليل[3] /بن أحمد[4]، ضيعت أيامك في الأدب، (232/أ) فسكت الخليل حتى جرى في المجلس بعض فروع الطلاق فألقى الخليل[5] عليه، فقال: ما تقول: في رجل قال لامرأته: أنت طالق أن دخلت الدار بالفتح، أو قال: إن دخلت الدار بالكسر، فقال: لا فرق[6] بينهما، فقال: أيها القاضي: ضيعت أيامك[7].

مسألة (514): إذا قال الرجل إن قتل زيد[8] عمراً في المسجد فأنت طالق، فرمى زيد من المسجد سهماً فأصاب عمراً ـ وعمرو خارج المسجد ـ فقتله لم يقع الطلاق[9].

---

(1) وقيل: يفرق بين من يعرف النحو، ومن لا يعرفه.
فإن كان يعرف النحو طلقت في الحال، وإن كان لا يعرف تعلق الطلاق على الدخول.
انظر: الأشباه والنظائر للسبكي 2/ 778، وكفاية النبيه.خ. ج 9 ورقة: 219 ـ ب.

(2) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي 2/ 776، وكفاية النبيه خ. ج 9 ورقة: 219 ـ ب، وروضة الطالبين 8/ 136.

(3) في /أ: (الخليل).

(4) راجع ترجمتهما في ج1 ص 441.

(5) في /أ بعد هذه اللفظة جاء الناسخ بكلام تابع لمسألة: لو أصدقها خمراً. رقم (497)، ثم بعد ثلاثة أسطر من مسألة الخمر أكمل هذه المسألة.

(6) في /أ: (لا فرقان).

(7) وذكر الروياني أن هذه المناظرة جرت بين أبي يوسف والأصمعي، وقد ذكرها الزجاجي وياقوت الحموي بين أبي يوسف والكسائي.
انظر: بحر المذهب خ. ج 14. ورقة: 14 ـ ب، ومجالس العلماء / 121، ومعجم الأدباء 13/ 176.

(8) في /ج: (زيداً).

(9) انظر: روضة الطالبين 8/ 190، ومطالع الدقائق 2/ 248، وبحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 20 ـ أ.

ولو قال: إن قذف زيد عمراً في المسجد فأنت طالق، فقذفه والقاذف في المسجد والمقذوف خارج المسجد ـ حكم[1] بوقوع الطلاق[2].

والفرق بينهما: مراعاة وقوع[3] الإطلاق في عرف العبارتين، وذلك: أنك إذا أطلقت، فقلت: قتل فلان فلاناً في المسجد، فظاهر ما يفهم[4] من هذا اللفظ أن المقتول كان في المسجد، فقتل فيه، ولم يعظم حرمة المسجد / في قتله، وليس المراد (232/ب) من إطلاق هذه العبارة أنه قتل في الشارع بفعل وجد[5] في المسجد من القاتل، فاعتبرنا في القتل كون المقتول في المسجد، بخلاف القذف، فإنك[6] إذا أطلقت[7] عبارة القذف، فقلت: قذف فلان فلاناً في المسجد، فما يعقل من ظاهر هذا اللفظ أن القاذف ترك تعظيم المسجد بذكر لفظ القذف فيه؛ فلذلك اعتبرنا في القذف خلاف ما اعتبرنا في القتل[8].

مسألة (515): قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: «لو قال لها إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق وقف عنها حتى يمر[9] عليها دلالة على البراءة من الحمل»[10]، يعني[11]: الحيض، فجعل الحيض في هذه المسألة دليلاً على عدم الحمل، وقطع القول به، وقد صرح[12] في غير هذا الموضع بأن الحامل تحيض، وهو أشهر قوليه[13]، ولم يجعل الحيض دلالة على براءة الرحم، وإذا عرفت

(1) في /ج: (يحكم).
(2) انظر: المراجع السابقة.
(3) (وقوع) ساقط من /ج.
(4) في /ج: (ما يفتهم).
(5) في /أ: (واحد).
(6) (بخلاف القذف فإنك) ساقط من /أ.
(7) في /أ: (وإذا أطلق).
(8) وقد ذكر النووي والأسنوي هاتين المسألتين، وفرقا بينهما بنحو ما ذكر المؤلف. انظر: روضة الطالبين 8/ 190، ومطالع الدقائق 2/ 248.
(9) في /أ: (حتى تم).
(10) انظر: مختصر المزني / 192، ونهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 24 ـ أ.
(11) في /أ: (بمعنى).
(12) في /ج: (والصريح).
(13) تقدم ذلك في ص: 223 ت: 12.

قاعدة المذهب في حيض الحامل عرفت طريقة[1] المذهب في المسألتين، إعلم أن الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ لا يدعي أن الحامل تحيض غالباً، وإنما يدعي ذلك في الوجود نادراً[2]، فأما إذا صرنا إلى غالب عادات النساء، فالغالب من عاداتهن: أن[3] الحامل لا تحيض، بل إذا اشتمل[4] الرحم على الولد استمسك فم الرحم وانسد، فلا يكاد يخرج الحيض إلا نادراً، غير أن الموجود النادر في أحكام الأرحام محكوم به وله.

ألا ترى أنا جعلنا أكثر الحيض: خمسة عشر يوماً[5]، وأقل النفاس: لحظة[6]، ووجود هذا من النوادر، وحكمه ثابت؛ فلذلك إذا وجدنا في آحاد النساء امرأة تحيض على الحبل، وتطهر، حيضاً مستقيماً وطهراً مستقيماً علقنا على دمها حكم الحيض.

فأما قول الرجل لامرأته: إن كنت حاملاً فأنت طالق، أو إن[7] لم تكوني حاملاً، فالمنع من الوطء وإباحة الوطء في مثل هذه المنزلة لا يعلق بالنوادر، وإنما يعلق بالظاهر، والظاهر[8] من الحيض أنه دليل على براءة الرحم؛ ولذلك قلنا: إذا اشترى جارية، أو سبى جارية[9]، فحاضت وطهرت حل له[10] وطؤها[11]، وقد

---

(1) في /ج: (طريق).
(2) في /ج: (نادر).
وانظر: الأم 5/ 213، والأشباه والنظائر لابن السبكي 1/ 424.
(3) (أن) ساقط من /أ.
(4) في /ج: (اشتملت).
(5) (يوماً) ساقط من /ج.
وانظر: الأم 1/ 67، ومختصر المزني / 11.
(6) انظر: المجموع 2/ 522، ومغني المحتاج 1/ 119.
(7) (ان) ساقط من /أ، ج: ولا يستقيم الكلام إلا بإثباتها.
(8) في /ج: (وللظاهر).
(9) (أو سبي جارية) ساقط من /أ.
(10) (له) ساقط من /أ.
(11) في /أ، ج: (وطئها) والصواب ما أثبت.
وانظر: مختصر المزني / 226، ومغني المحتاج 3/ 411، وروضة الطالبين 8/ 425.

يحتمل أن تكون حبلى، ولكن الحيض والحمل من النوادر، وفقد الحمل مع الحيض من الظاهر فأبحنا له[1] الوطء على الظاهر.

ثم اعلم: أن قول الشافعي ـ رحمه الله ـ: وقف عنها حتى تمر[2] عليها دلالة البراءة وقف استحباب وندب[3]، لا وقف حظر وتحريم؛ لأن الأصل أنها منكوحته[4]، وأن الوطء[5] حلال له، وقد شك في وقوع طلاقه، فلا يصير شكه في وقوع الطلاق سبباً لتحريم الوطء[6].

(233/أ) **مسألة (516)**: إذا وكل وكيلاً بالطلاق كان[7] للوكيل أن يطلق متى شاء[8]/ ، وإذا خيّر[9] امرأته وملّكها طلاقها ففارقت ذلك المجلس، ثم أوقعت الطلاق، فالصحيح من المذهب: أنه لا يقع[10].

---

(1) في / أ: (ما يحاله).

(2) في / أ: (تم).

(3) في / أ: (وندر).

(4) في / أ، جـ: (منكوحة) والصواب ما أثبت.

(5) في / جـ: (وفي الوطىء).

(6) على أحد القولين.
القول الثاني: أنه يحرم الوطء.
انظر: نهاية المطلب. خ. جـ 7 ورقة: 24 ـ ب.

(7) في / جـ: (وكان).

(8) انظر: التنبيه / 174، وكفاية النبيه. خ. جـ 9. ورقة: 152 ـ ب، وروضة الطالبين 8/ 46.

(9) في / أ: (وإذا خيره).

(10) ينبني حكم هذه المسألة على أصل وهو: هل التفويض تمليك للطلاق، أم توكيل به؟.
وفيه قولان:
القول الأول: وهو الجديد والأظهر .: أنه تمليك.
القول الثاني: أن التفويض توكيل بالطلاق.
فعلى القول الأول: لا يجوز تأخيره عن المجلس. وبه قال الأكثرون.
وقال ابن المنذر: لها أن تطلق متى شاءت، ولا يختص بالمجلس.
وعلى القول الثاني: يجوز تأخيره عند المجلس في أصح الوجهين، فتطلق متى شاءت كتوكيل الأجنبي.
والوجه الثاني: لا يجوز تأخيره.
انظر: روضة الطالبين 8/ 46، ومغني المحتاج 3/ 286، والسلسلة. خ. ورقة: 123 ـ أ ـ ب.

والفرق بينهما: أنه إذا وكل وكيلاً، فقبل الوكالة فهذا عقد تعاقداه بينهما، وتم مقتضاه، فللوكيل أن يقوم بحق الوكالة متى شاء إذا لم يكن من الموكل تخصيص وقت وتعيين زمان، فأما إذا خيرها ـ والتخيير[1] أحد طرفي العقد ـ فإنه تمليك، كالتمليك في البيوع، وسائر العقود، وعقد التمليك إذا وجد أحد طرفيه كان شرط طرفه الثاني[2] أن يوجد في المجلس على القرب[3].

والدليل على أنه تمليك: دليلان اثنان:

أحدهما: أن الخطاب من الزوج في عرف المجاوزة[4] يقتضي جواباً، كما أن الإيجاب في البيع يقتضي استيجاباً[5]، ثم عادة[6] جواب الخطاب المقارنة. وأما التوكيل فلا يقتضي تنفيذاً[7] عاجلاً لا محالة.

والدليل الثاني: أن القائلين باشتراط القبول في الوكالة[8] والقائلين بأنه غير مشروط[9] متفقون[10] على أن الرجل إذا قال لامرأته: ملكتك نفسك أو طلقي

---

(1) في /أ: (فالتخيير).

(2) في /أ: (الطرف الثاني).

(3) انظر: المجموع 9/ 169، والشرح الكبير 8/ 104.

(4) المجاوزة: المفارقة. تقول: جزت الموضع، وجاوزته: إذا تعديته وخلفته. والمراد بها هنا الطلاق المفوض به.

انظر: لسان العرب 5/ 326-327، والصحاح 3/ 870، والقاموس المحيط 2/ 170، والمصباح المنير / 114-115.

(5) في /أ: (استحباباً).

وانظر: المجموع 9/ 162، ومغني المحتاج 2/ 3.

(6) في /أ: (ثم عاوده).

(7) (تنفيذاً) ساقط من/أ.

(8) وهو الأصح. وهو مذهب العراقيين.

انظر: حلية العلماء 5/ 116، وكفاية النبيه. خ. ج 9. ورقة: 152 ـ ب، والشرح الكبير 11/ 19 ـ 20، وروضة الطالبين 4/ 300.

(9) انظر: المراجع السابقة.

(10) في /أ: (يتفقون).

نفسك فلا تحتاج[1] إلى أن تقول: قبلت منك، ثم تشتغل بالطلاق، بل لها أن تجعل التطليق عين الجواب[2]، فدل على[3] أنه من باب الإيجاب والاستيجاب[4]، لا من باب الوكالة.

مسألة (517): إذا قال الرجل لامرأته[5] ملكتك نفسك، أو قال: طلقي نفسك فلم تجبه حتى قال: رجعت عما قلت[6]، أو قال: عزلتك، فالمذهب الصحيح أنها لا تنعزل، فإذا أوقعت الطلاق على القرب وقع الطلاق[7].

ولو قال رجل لآخر: بعت منك عبدي هذا بألف[8] فلم يقل اشتريت حتى قال: رجعت عما قلت بطل ما سبق من الإيجاب[9].

فإن قال قائل: ألست جعلت التخيير وجواب[10] المخيرة كالإيجاب والاستيجاب[11] في العقود، فكيف فصلت بينهما في هذه المنزلة؟.

---

(1) في /أ: (ولا يحتاج).

(2) جزم بذلك المؤلف وابنه إمام الحرمين. وكذلك الشيرازي في التنبيه، وقال ابن الرفعة: واعلم أنه يتجه وجه فيما إذا طلقت في الحال من غير قبول أنه لا يقع من قولنا إنه توكيل وإنه لا بد من القبول باللفظ أ. هـ. كفاية النبيه. خ. ج 9. ورقة: 153 ـ ب، وانظر: التنبيه / 174، ونهاية المطلب. خ. ج 7 ورقة: 33 ـ ب.

(3) (على) ساقط من / ج.

(4) في / أ: (والاستحباب).

(5) في / أ: (لأنه).

(6) (عما قلت) ساقط من / أ.

(7) وهذا قول ابن خيران. وقال إمام الحرمين: «وهذا الوجه مردود لا أصل له، والعجب أن شيخي ـ يقصد المؤلف ـ كان لا يحكي في التفريع على قول التمليك غيره وكان يعبر عنه ويقول: هو تمليك مضمّن تعليق مشيراً إلى أن الرجوع غير ممكن بتضمن التمليك التعليق» أ. هـ.
نهاية المطلب خ. ج 7. ورقة: 34 ـ أ، والصحيح: أنه لا يقع، وانظر: روضة الطالبين 8/ 46-47، ومغني المحتاج 3/ 286، والسلسلة خ. ورقة: 123 ـ ب.

(8) (بألف) ساقط من / أ.

(9) انظر: المجموع 9/ 169، ومغني المحتاج 2/ 6.

(10) في / أ: (جواب) بدون الواو قبلها.

(11) في / أ: (والاستحباب).

قلنا: جعلنا التخيير والجواب كالإيجاب والاستيجاب[1]، ولكن كان منتمياً[2] إلى أصل آخر وهو: أصل التعليق، فإنا على هذا المذهب ـ الصحيح ـ نجعل لفظ التخيير في التقدير كقول الزوج لها: إن طلقت نفسك في المجلس على القرب فأنت طالق، وما كان[3] أصله[4] التعليق فالرجوع والندامة والعزل فيه محال.

فأما قول القائل: بعت منك كذا وكذا[5] فإنه مجرد إيجاب إذ لا مدخل للتعليق في مثل هذا العقد.

فإن قال قائل: كيف جعلت التخيير منتمياً إلى التعليق وليس في صيغة/ العبارة (233/ب) تعليق؟.

قلنا: الظاهر من هذه العبارة أن الزوج لما لم يرد أن يجعل طلاقها بمباشرته فوض الأمر إلى اختيارها لعلها تختار المقام، ولعلها تختار الفراق، . فإن[6] اختارت الفراق أوقعت الطلاق، وإن كانت غير مختارة للفراق لم توقع الطلاق، فصار اللفظ من هذا الوجه في تقدير التعليق، وإن كانت الصيغة صيغة التخيير في تحديد الملك ويجوز أن يأخذ لفظ التخيير حكم التعليق بالتقدير.

ألا ترى ما قال بعض مشايخنا ـ دون بعضهم ـ فيمن قال: إحداكما[7] طالق ثلاثاً من غير تعيين بالقلب: إنه إذا بين واحدة منهما حكمنا بوقوع الطلاق عند البيان، لا عند اللفظ[8]، واللفظ لفظ تخيير في الصورة والصيغة، ولكن جعلناه

---

(1) في /أ: (والاستحباب).
(2) في /أ: (منتهياً).
(3) في /أ: (ما كان) بدون الواو قبلها.
(4) في /أ: (من أصل).
(5) (وكذا) ساقط من /ج.
(6) في /أ: (فإذا).
(7) في /أ: (أحديكما).
(8) وممن ذهب إلى ذلك الشيخ أبو علي السنجي.
وذهب الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب إلى أن الطلاق يقع عند اللفظ.
انظر: روضة الطالبين 8/ 103-104، ومغني المحتاج 3/ 305، وكفاية النبيه خ. ج 9. ورقة: 227 ـ ب.

في التقدير كأنه قال: التي سأبينها[1] محلاً للطلاق فهي طالق.

مسألة (518): إذا قال الرجل لغير المدخول بها: إذا دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال لها قبل دخول الدار: إذا دخلت الدار فأنت طالق طلقة[2] مع الطلقة الأولى، فدخلت الدار طلقت طلقتين[3].

ولو قال لها تنجيزاً: أنت طالق طلقة معها طلقة طلقت طلقة[4] واحدة عند كثير من أصحابنا[5].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا قال لها تنجيزاً: أنت طالق طلقة معها طلقة، فمقدم[6] لفظه بظاهره اقتضى وقوع الطلاق، وهي غير مدخول بها، فسبقت[7] البينونة إليها بأول اللفظة[8]، فلم تبق محلاً للطلقة[9] الثانية المذكورة بآخر اللفظة، فصار كما لو قال لها: أنت طالق أنت طالق[10] فلا يقع إلا الأولى[11].

فأما إذا علق الطلاق بدخول الدار، ثم علق الطلقة الثانية بالوصف الأول صار ذلك الوصف الواحد علة لوقوع الطلقتين جميعاً إذ لا فرق بين التعليق الأول

---

(1) في / أ: (بينتها).
(2) (طلقة) ساقط من / أ.
(3) انظر: روضة الطالبين 8/ 80، والقواعد للحصني القسم الأخير 1/ 46، والتمهيد / 168.
(4) (طلقة) ساقط من / ج.
(5) وهو قول المزني.
انظر: المهذب 2/ 86، وروضة الطالبين 8/ 80-81، وكفاية النبيه. خ. ج 9 ورقة: 169 ـ ب ـ 70 ـ أ.
(6) في / أ: (ومقدم).
(7) في / أ: (سبقت)، وفي / ج: (فسبق) ولعل الصواب ما أثبت والله أعلم.
(8) في / ج: (اللفظ).
(9) في / ج: (للفظة).
(10) (أنت طالق) ساقط من / أ.
(11) انظر: روضة الطالبين 8/ 79، والوجيزة 2/ 60.

والتعليق الثاني، فإذا دخلت الدار لم تكن احدى الطلقتين[1] أولى بالوقوع من الطلقة الأخرى؛ فلذلك وقعتا معاً.

فأما إذا قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق وطالق[2]، فدخلت الدار، فمن أصحابنا من أوقع ها هنا طلقة واحدة كقوله[3] لها تنجيزاً: أنت طالق وطالق[4]، ومن أصحابنا من علل بالعلة التي ذكرناها في الفرق فقال: إن الدخول علة في وقوع الطلقتين جميعاً، وليست إحداهما مترتبة على الأخرى على وجه التعاقب[5]، فصار كما لو قال: إذا دخلت الدار[6] فأنت طالق ثنتين، ولو قال ذلك طلقت طلقتين بالدخول، ولا خلاف فيه[7].

ولا فرق عند جميع أصحابنا بين أن يقول: أنت طالق وطالق إن دخلت الدار، [وبين أن يقول: إن دخلت الدار][8] فأنت طالق وطالق، / فمنهم من أوقع طلقتين (234/أ) في المسألتين. ومنهم من أوقع طلقة واحدة فيهما جميعاً[9]، فأما إذا قال لها: أنت طالق واحدة قبلها واحدة، أو بعدها واحدة، أو قبل واحدة أو بعد واحدة فلا يقع

---

(1) في / ج بعد لفظة «الطلقتين» كرر عبارة: (جميعاً إذ لا فرق بين التعليق الأول).
(2) (وطالق) ساقط من / ج.
(3) في / ج: (كقولها).
(4) (وطالق) ساقط من / أ.
(5) وممن قال بذلك القاضي أبو الطيب الطبري. وهو الأصح.
انظر: مغني المحتاج 3/ 297، ونهاية المحتاج 6/ 462، ونهاية المطلب. خ. ج 7 ورقة: 62 ـ أ ـ ب، والمطلب العالي. خ. ج 20 ورقة: 138 ـ أ ـ ب.
(6) (إذا دخلت الدار) مكررة في / ج.
(7) انظر: فتاوى ابن الصلاح 2/ 683، وروضة الطالبين 8/ 143.
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(9) أي في مسألة تقديم الشرط، وتأخيره.
انظر: نهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 62 ـ ب، ومغني المحتاج 3/ 297.

إلا واحدة[1]، لأن هاتين العبارتين مستعملتان[2] للترتيب، وإذا قال للمدخول بها هذه[3] المقالة أوقعنا عليها[4] طلقتين، سواء قال: أنت طالق واحدة قبل واحدة، أو بعد واحدة[5]، أو قال[6]: قبلها واحدة، أو بعدها واحدة[7] لأنها[8] محل للطلاق[9] على وجه الجمع، وعلى وجه الترتيب[10].

مسألة (519): إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، ثم طلقها طلقة[11] فبانت [منه، ثم دخلت الدار، ثم نكحها][12] فدخلت الدار لم يقع عليها طلاق بدخول الدار[13]، فأما إذا لم تدخل الدار بين العقدين

---

(1) على أصح الأوجه.
الوجه الثاني: أنه لا يقع شيء.
الوجه الثالث: يقع طلقتان ويلغو قوله: قبلها، ويصير كأنه طلق طلقتين. وضعفه النووي.
انظر: روضة الطالبين 8/ 81، ومغني المحتاج 3/ 297، ونهاية المطلب خ. جـ 7. ورقة: 61 ـ أ.

(2) في /أ: (مستعملتين).

(3) في /جـ: (بهذه).

(4) في /أ: (عليه).

(5) (أو بعد واحدة) ساقط من /جـ.

(6) (قال) ساقط من /أ.

(7) في /جـ: (قبلها واحدة أو بعد واحدة أو بعدها واحدة).

(8) في /أ: (لأن).

(9) في /أ: (الطلاق).

(10) انظر: روضة الطالبين 8/ 81، ومغني المحتاج 3/ 297، ونهاية المطلب.خ. جـ 7. ورقة: 60 ـ ب.

(11) (طلقة) ساقط من /أ.

(12) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(13) على المذهب، وبه قطع الأصحاب، وقال الأصطخري: فيه قولان، كما لو لم توجد الصفة حال البينونة.
انظر: روضة الطالبين 8/ 69، ومغني المحتاج 3/ 293، وكفاية الأخيار 2/ 64.

ودخلت الدار في العقد الثاني وقع عليها بقية الطلاق على قول عود اليمين[1].

والفرق بين المسألتين: أنها إذا دخلت الدار بين العقدين، فقد وجد الوصف، فانحلت اليمين[2]، ولم يصادف محلاً صالحاً للوقوع، لأنها بائنة[3]، فلما دخلت ثانية في العقد الثاني كانت اليمين غير باقية فلم يمكن إيقاع الطلاق لا بالدخول الأول، ولا بالدخول الثاني[4]؛ فلذلك لم يقع طلاقها، فأما إذا لم تدخل الدار بين العقدين[5]، ثم دخلت الدار[6] في العقد الثاني، فاليمين باقية

---

(1) إذا حلف بالثلاث على شيء لا يفعله، ثم أبانها بفسخ، أو طلاق، ثم جدد نكاحها وفعل المحلوف عليه فهل يعود اليمين؟. فيه قولان.
الأصح أنه لا يعود ويعبر عن الخلاف في وقوع الطلاق في النكاح الثاني بالخلاف في عود الحنث، وبالخلاف في عود اليمين؛ لأنه على قول لا يتناول اليمين النكاح الثاني، ولا يحصل الحنث فيه، وعلى قول يتناوله ويحصل الحنث فيه.
والراجح أن الطلاق لا يقع؛ لأن التعليق يتعلق بالنكاح الذي وجد التعليق فيه، والنكاح المجدد غيره.
انظر: روضة الطالبين 8/ 69-70، وكفاية الأخيار 2/ 64، ومختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي 2/ 461.

(2) ليس المراد هنا باليمين: اليمين الموجبة للكفارة، وإنما المراد بها هنا الحلف والتعليق به.
والحلف هو: ما تعلق به منع من الفعل، أو حث عليه، أو تحقيق خبر، وجلب تصديق.
قال الزركشي: «واعلم أن الحلف ليس بيمين، واليمين حيث أُطلقت إنما يراد بها الموجبة للكفارة، والحلف قد يكون كذلك، وقد لا يكون، كما في التعليق على الحث، أو المنع، أو التحقيق، وقد غاير الرافعي ـ في كتاب الإيلاء ـ بينهما فقال ـ فيما إذا حلف على أربعة أشهر فما دونها ـ: لا يكون مولياً، والذي جرى منه يمين أو تعليق فافهم أن التعليق ليس بيمين» أ. هـ. المنثور في القواعد 2/ 72، وانظر: روضة الطالبين 8/ 167.

(3) في / أ: (لأنها ينابه).

(4) في / أ: (لا بدخول الدار الأول ولا بدخول الثاني).

(5) في / أ: (بين العقد).

(6) (الدار) ساقط من / ج.

غير منحلة، فإذا وجد وصفها ـ وهي محلاً للطلاق عند وجود الوصف ـ حكمنا بوقوع الطلاق.

مسألة (520): إذا قال ـ لغير المدخول بها[1] ـ: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ـ ثلاث مرات ـ حكمنا بأنها قد[2] بانت[3]، فإن نكحها يوماً فقال لها ـ في النكاح الثاني[4] ـ: إن دخلت الدار فأنت طالق وقعت عليها طلقة واحدة على قول عود اليمين[5]، ومثله[6]: لو قال: إن كلمتك فأنت طالق، إن كلمتك فأنت طالق، إن كلمتك فأنت طالق بانت في الحال[7]، فإذا نكحها نكاحاً جديداً فكلمها لم يقع عليه طلاق وإن قلنا: بعود اليمين[8].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا قال لها: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق فهذه يمين معقودة، فإذا قال لها[9] مرة أخرى: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق كانت هذه يميناً ثانية حنث بها في اليمين الأولى، فانحلت الأولى بطلقة وانعقدت الثانية؛ لأنها كانت زوجته حين عقد الثانية، فلما قال لها مرة ثالثة: إن حلفت بطلاقك

---

(1) في /أ: (لغير مدخول بها).

(2) (قد) ساقط من /أ.

(3) انظر: روضة الطالبين 8/ 168-169، وكفاية النبيه .خ. ج 9 ورقة: 197 ـ ب، والوسائل في فروق المسائل خ. ورقة: 86 ـ ب.

(4) (الثاني) ساقط من / ج.

(5) في / ج: (على قول العود).
وانظر: المراجع السابقة.

(6) في / ج: (وبمثله).

(7) في /أ: (طلقت في الحال).
وانظر: روضة الطالبين 8/ 169، والمهذب 2/ 97، وكفاية الأخيار 2/ 61، والوسائل في فروق المسائل. خ. ورقة: 86 ـ ب.

(8) في / ج: (وإن قلنا: بالعود).
وانظر: الوسائل في فروق المسائل .خ. ورقة: 86 ـ ب.

(9) في /أ: (فأما إذا قال لها).

فأنت طالق لم ينعقد بهذا اللفظ يمين؛ لأنها بائنة[1] لا يتصور منه الحلف بطلاقها، فلم تنحل الثانية بالثالثة فبقيت الثانية/ يميناً معقودة، فلما نكحها فقال لها[2]: إن (234/ب) حلفت بطلاقك فأنت طالق كان هذا الكلام يميناً حنث بها في الثانية السابقة الباقية فوقعت طلقة.

فأما إذا قال لها: إن كلمتك فأنت طالق[3] فهذه[4] ـ أيضاً ـ يمين معقودة؛ لأنها صادفت النكاح فانحلت بها[5] اليمين الأولى، فلما قال لها ـ بعد البينونة[6] ـ: إن كلمتك فأنت طالق انحلت بها اليمين الثانية؛ لأنه[7] قد كلمها، والأجنبية تكلمه[8] وإن كان لا يحلف بطلاقها، ولم تصادف اليمين الثانية محل العمل فلغت، كما قلنا في دخول الدار في المسألة قبلها، فإذا نكحها وكلمها لم يقع بهذا الكلام شيء إذ لم تبق يمين معقودة حتى تنحل[9] بالطلاق في هذا النكاح.

مسألة (521): إذا قال لعبده: متى طلقت امرأتي تطليقاً. فأنت حر، ثم قال لامرأته: إذا دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت الدار وقع الطلاق والعتاق[10]، ولا يقع العتاق قبل دخولها الدار [وإن وجد لفظ التعليق.

والفرق بين الحالتين: أنه حين علق طلاقها بدخول الدار][11] لم يتحقق له اسم التطليق لعدم الوقوع، ومن حقيقة التطليق وقوع يوجد مع الفعل الموجود

---

(1) في /أ: (ثابتة).
(2) في /أ: (قال لها).
(3) في /ج: (وأما إذا قال لها إن كلمتك ثانية إن كلمتك فأنت طالق).
(4) في /أ: (فهذا).
(5) (بها) ساقط من /أ.
(6) في /ج: (البتويه).
(7) في /أ: (لأنها).
(8) في /أ: (تكلم).
(9) في /أ: (تحل).
(10) انظر: بحر المذهب خ. ج14. ورقة: 10 ـ ب، ونهاية المطلب. خ. ج7. ورقة: 98 ـ ب.
(11) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.

منها[1]، فإذا دخلت الدار، فقد اجتمع الأمران وتحقق الوصفان، أحدهما: اللفظ السابق، وهو قوله لها: إذا دخلت الدار فأنت طالق، والثاني: دخولها ووقوع الطلاق[2] بدخولها؛ فلذلك حكمنا بوقوع العتاق، وهذا العتاق لا يقع مع الطلاق ووقوعه، ولكن يسبق[3] وقوع الطلاق، ثم يتعقبه[4] وقوع العتاق، وإنما كان كذلك؛ لأنه علق العتق بوجود التطليق، ووجود التطليق إنما يحصل تمامه وكماله بالدخول ووقوع الطلاق، ثم[5] إذا تم هذا الوصف ـ وهو وصف حصول الطلاق[6] ـ ترتب[7] العتق عليه على جهة التعاقب، لا على جهة المقارنة.

مسألة (522): إذا بدأ الرجل، فقال لامرأته: إن دخلت الدار[8] فأنت طالق، ثم قال لعبده[9]: متى طلقتها فأنت حر، ثم دخلت المرأة[10] الدار وقع الطلاق دون العتاق[11].

ولو بدأ فقال لعبده: متى طلقتها فأنت حر ثم قال لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق، فلا عتق الآن، فإذا دخلت الدار وقع الطلاق والعتاق جميعاً[12].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا بدأ بمخاطبتها، ثم خاطب العبد، ثم دخلت

---

(1) في /أ، ج: (منه) والصواب ما أثبت.
(2) في /أ: (والثاني وقوع الطلاق).
(3) في /أ: (ولكن سبق).
(4) في /أ: (ثم ينعقد).
(5) (ثم) ساقط من /ج.
(6) في /ج: (العتق) وساقط من /أ. والصواب ما أثبت.
(7) (ترتب) ساقط من /أ.
(8) في /أ: (إذا دخلت الدار).
(9) في /ج: (بعده).
(10) (المرأة) ساقط من /أ.
(11) انظر: بحر المذهب خ. ج 14 ورقة: 10 ـ ب، ونهاية المطلب. خ ج 7. ورقة: 98 ـ ب.
(12) انظر المرجعين السابقين.

الدار، فالتطليق بعد مخاطبة العبد غير موجود[1]، وإنما وجد الدخول، والتطليق بالدخول، والوقوع لا يتم ولا يحصل بالتعليق[2]، وإنما يحصل بالتعليق[3] وبالدخول.

فأما إذا بدأ، فخاطب العبد، ثم خاطب المرأة، ثم دخلت الدار فقد تحقق بعد[4] مخاطبة العبد / التعليق والدخول جميعاً، فتحقق اسم التطليق بوجودهما؛ (235/أ) فلذلك أوقعنا العتاق وفصلنا بين المسألتين.

مسألة (523): إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق، ثم قال لها[5] بعد زمان طويل: أنت طالق، ثم قال: أردت باللفظ الثاني الطلاق الأول لم يقبل منه في الحكم[6].

وبمثله[7] لو قال لها[8]: إذا دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال [بعد زمان طويل: إذا دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال بعد زمان طويل: إذا دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال][9]: أردت باللفظ الثاني الطلاق الأول، ولم أرد به[10] تطليقة

---

(1) في / ج: (غير موجودة).
(2) (بالتعليق) ساقط من / ج.
قال النووي ـ رحمه الله ـ: «وأما مجرد التعليق، فليس بتطليق ولا إيقاع، ولا وقوع» أ. هـ، روضة الطالبين 8/ 130.
(3) (وإنما يحصل بالتعليق) ساقط من أ.
(4) في / أ: (بعض).
(5) (لها) ساقط من / أ.
(6) انظر: روضة الطالبين 8/ 78، وكفاية الأخيار 2/ 66، ومغني المحتاج 3/ 296، ونهاية المطلب خ. ج 7 ورقة: 146 ـ أ.
(7) في / أ: (ومثله).
(8) (لها) ساقط من / أ.
(9) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(10) في / أ: (ولو أراد به).

ثانية ففيها وجهان: أحدهما: أنه يقبل قوله ويحكم بوقوع طلقة واحدة إذا دخلت الدار، والثاني: أن التعليق في ذلك كالتنجيز[1].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا نجز فقال: أنت طالق فهذا الإيقاع عاجل ليس فيه تأخير وتأقيت، وإذا قال ـ مرة أخرى ـ: أنت طالق، كان مقتضى هذا اللفظ الثاني مثل مقتضى اللفظ الأول في إيقاع طلقة[2] ثانية، فأما إذا علق طلاقها بدخول الدار، ثم أعاد التعليق بمثل ذلك اللفظ فالطلاق بالتعليق السابق غير واقع، ولا بالتعليق الثاني، وإنما يقع الطلاق بالدخول، وأسوأ حالته أن نجعله كرجل قال لامرأته: أنت طالق أنت طالق، موصولاً ولو قال[3] ذلك موصولاً، ثم قال: أردت بالطلاق الثاني تحقيق الأول كان مقبولاً قولاً واحداً[4]، وإن قال: ما كانت لي نية، فعلى قولين، أحد القولين: أنهما طلقتان.

والثاني: أنهما طلقة واحدة؛ لأنها عادة التأكيد قصده، أو لم يقصده[5].

فلما كان التعليق مفترقاً صار على وجهين، وأصحهما: أن قوله مقبول، وأنهما طلقة واحدة[6]، كقوله: أنت طالق أنت طالق إذا قال: أردت التأكيد والتحقيق.

مسألة (524): إذا قال الرجل لامرأته: إذا دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال لعبده إذا طلقتها فأنت حر، ثم قال لزوجته مرة ثانية[7]: إذا دخلت الدار فأنت

---

(1) انظر: روضة الطالبين 8/ 259، ونهاية المحتاج 6/ 459، وتحفة المحتاج 8/ 53، ونهاية المطلب خ. ج 7. ورقة: 146 ـ أ.
(2) (طلقة) ساقط من / ج.
(3) في / أ: (ثم ولو قال).
(4) انظر: روضة الطالبين 8/ 78، ومغني المحتاج 3/ 296، وكفاية الأخيار 2/ 66.
(5) والقول الأول أظهر عملاً بظاهر اللفظ؛ ولأن حمله على فائدة جديدة أولى منه على التأكيد.
انظر: المراجع السابقة.
(6) انظر: روضة الطالبين 8/ 259، ونهاية المحتاج 6/ 459، ونهاية المطلب.خ. ج 7. ورقة: 146 ـ أ.
(7) (مرة ثانية) ساقط من / أ.

طالق[1]، وما أراد بذلك تأكيد الأول، ولكن أطلق اللفظ الثاني إطلاقاً، فدخلت الدار وقع العتق والطلاق جميعاً، وتقع عليها طلقتان.

ولو أراد بإعادة الطلاق [تحقيق[2] الأول، فدخلت الدار وقعت عليها طلقة واحدة ولم يعتق العبد[3].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا أعاد][4] مخاطبتها على الإطلاق كانت الإعادة مع الدخول تطليقاً مستأنفاً سوى[5] التطليق السابق، وعتق العبد معلق بالتطليق، وقد تحقق وجوده، وإذا أعاد وأراد التأكيد والتحقيق لم تكن الإعادة مطلقاً تطليقاً مستأنفاً، ولكن كان مؤكداً تطليقاً[6] متقدما[7] على تعليق العتق بالتطليق؛ فلذلك

---

(1) في / أ: (فأنت حر).

(2) في / ج: (بإعادة الطلاق مخاطبتها تحقيق) ثم شطب على مخاطبتها.

(3) هاتان المسألتان متفرعتان عن مسألتين:
إحداهما: إذا بدأ الرجل فقال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال لعبده: متى طلقتها فأنت حر، ثم دخلت الدار، فإنه يقع الطلاق دون العتاق. ولو بدأ بالعبد، فقال: متى طلقتها فأنت حر، ثم قال لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق فإذا دخلت وقع الطلاق والعتاق.
الثانية: مسألة تكرار الطلاق المعلق.
فإذا قال لزوجته: إذا دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال لعبده: إذا طلقتها فأنت حر، ثم أعاد مرة ثانية قوله: إذا دخلت الدار فأنت طالق. فإن أطلق اللفظ الثاني ولم يرد به تأكيداً حمل اللفظ الثاني على الاستئناف على أحد القولين، ووقع عليها طلقتان، وعتق العبد لوقوع التطليق بالتعليق الثاني، كما وقع الطلاق والعتاق في الصورة الثانية من المسألة الأولى وإن أراد باللفظ الثاني تأكيداً وقع عليها طلقة ولم يعتق العبد، لعدم وجود التطليق بالتعليق الثاني، كما وقع الطلاق دون العتاق في الصورة الأولى من المسألة الأولى. انظر: بحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 10 - ب، ونهاية المطلب. خ. ج 7 ورقة: 98 - ب، وروضة الطالبين 8/ 80، والقواعد للحصني القسم الأخير 1/ 46.

(4) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.

(5) في / أ: (سواء).

(6) في / ج: (ولكن كان مؤكداً تطليقاً مستأنفاً ولكن كان مؤكداً تطليقاً).

(7) في / أ: (مقدماً).

(235/ب) فصلنا بين المسألتين. وهذا التفريع كله فيمن علق العتق بالتطليق، فأما إذا / علق العتق بالطلاق[1]، فوقوع الطلاق بدخول الدار طلاق[2] يوجب إيقاع العتاق[3].

مسألة (525): إذا قال لامرأته: يا زينب متى طلقت عمرة فأنت طالق، ثم [قال لعمرة: متى طلقت زينب فأنت طالق][4]، ثم قال: يا زينب أنت طالق وقع على عمرة طلقة، وعلى زينب طلقتان[5].

ولو أنه بعد الفراغ من التعليق بدأ بعمرة للتنجيز فقال: يا عمرة أنت طالق لم يقع على كل واحدة[6] منهما إلا طلقة واحدة[7]، وهذه المسألة التي غلط فيها كثير من مشايخنا رحمهم الله[8].

والفرق بين المسألتين: أنه لما بدأ، فعلق طلاق زينب بتطليق عمرة، ثم علق طلاق عمرة بتطليق زينب، ثم طلق زينب تنجيزاً وقعت هذه المنجزة على زينب ووقع عليها ثانية بقوله [السابق لها: متى طلقت عمرة فأنت طالق، وقد طلق عمرة بقوله[9]][10] لزينب: أنت طالق؛ لأنه[11] وجد[12] وصف يمينه الثانية وهي

---

(1) كأن يقول إذا دخلت الدار فأنت طالق، وإذا وقع طلاقي عليها فأنت حر.
(2) (طلاق) ساقط من / أ.
(3) سواء قدم التعليق أو أخره.
انظر: بحر المذهب. خ. ج 14 ورقة: 11 ـ أ.
(4) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(5) انظر: روضة الطالبين 8/ 131، والمعاياة. خ. ورقة: 123 ـ أ، ونهاية المطلب. خ. ج 7 ورقة: 98 ـ ب، وبحر المذهب. خ. ج 14 ورقة: 9 ـ ب.
(6) في / أ: (واحد).
(7) انظر: المراجع السابقة.
(8) قال ابن الرفعة ـ رحمه الله ـ: «ووقوع طلقتين على التي نجز طلاقها لا نزاع فيه إلا ما يحكى عن ابن الحداد من أنها لا تطلق إلا واحدة وغلط الشارحون فيه وفي قوله» أ. هـ. المطلب العالي خ. ج2،. ورقة: 203 ـ ب.
(9) في / ج: (لقوله) والصواب ما أثبت.
(10) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(11) في / أ: (أنه).
(12) (وجد) ساقط من / أ.

قوله لعمرة: متى طلقت زينب فأنت طالق، ولم يقع على عمرة سوى طلقة واحدة بحنثه في قوله لها: متى طلقت زينب فأنت طالق؛ فلذلك وقعت على زينب طلقتان.

فأما إذا فرغ من التعليقين[1] على الترتيب الذي رتبناه، ثم بدأ بعمرة في التنجيز فقال لها: أنت طالق لم يقع على كل[2] واحدة منهما إلا طلقة واحدة؛ لأنه[3] كان علق تطليق زينب بتطليق عمرة، وهذا التنجيز تطليق عمرة[4]، وكان علق[5] طلاق عمرة بتطليق زينب، وهو بعد[6] ماعلق طلاق[7] عمرة بتطليق زينب، فما[8] طلق زينب، وإنما وقع الطلاق عليها، ووقوع الطلاق غير التطليق.

ألا ترى ما ذكرنا: من أن الرجل[9] إذا سبق منه تعليق طلاق امرأته بدخول الدار، ثم علق عتق عبده بالتطليق، ثم دخلت الدار لم يقع العتاق؛ لأن وقوع الطلاق غير التطليق[10]، ولو سبق تعليق العتق بالتطليق، ثم علق طلاقها بالدخول، ثم دخلت الدار وقع العتق[11].

(1) في / أ: (من التعليق).
(2) (كل) ساقط من / ج.
(3) في / ج: (كأنه).
(4) (وهذا التنجيز تطليق عمرة) ساقط من / أ.
(5) (علق) ساقط من / أ.
(6) (بعد) ساقط من / أ.
(7) في / أ: (تطليق).
(8) في / أ: (ما).
(9) في / أ: (فيما ذكرنا أن الرجل).
(10) قال تقي الدين الحصني في كتاب القواعد: «فالموقوف على دخول الدار هو الطلاق لا التطليق، فإن الطلاق ـ وهو انقطاع العصمة ـ ناشىء عن التعليق ووجود الصفة، وهذا معنى قولهم: الصفة وقوع إيقاع. وقولهم: التعليق مع وجود الصفة تطليق ليس معناه: أن الصفة جزء من التطليق؛ الذي هو فعل الزوج، وإنما معناه: أنه عند ذلك يصدق التطليق؛ لأن التطليق فعل الزوج، ويصدر منه تارة بالتنجيز وتارة بالتعليق فإن وجد منجزاً سمي تطليقاً، وإن وجد معلقاً سمي تطليقاً بشرط» أ. هـ. القواعد ـ القسم الأول 2/ 555.
(11) انظر: مسألة رقم (522).

مسألة (526): إذا قال لها: إذا حضت فأنت طالق، فجاءت بعد زمان وأخبرت عن حيضها فقال: كذبت، وقع الطلاق[1]، ولو قال لها: إذا حضت فعبدي حر، فقالت: حضت، فقال: كذبت فالعتق غير واقع[2]، فإن ادعى العبد عليه، فالقول قوله مع يمينه[3].

والفرق بينهما: أن وقوع طلاقها بحيضها حكم بينهما[4] لا يعدوهما، وهي مؤتمنة فيما يخفى من أوصاف الرحم؛ لأن الله تعالى جعلهن مؤتمنات في ذلك وحرجهن[5] بالكتمان، حيث قال سبحانه: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ[6] أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾[7].

فأما عتق مملوكه بوجود حيضها، فذلك حكم يعدوهما[8]، وهي غير مقبولة القول عليه في عتق مملوكه بوجود حيضها[9]، وإن كانت مقبولة القول في طلاقها ووقوعه.

وكذلك الطلاق في امرأة أخرى[10] إذا كان معلقاً بحيض هذه فقولها[11] غير

---

(1) انظر: روضة الطالبين 8/ 153، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني / 342.

(2) انظر: المعاياة. خ. ورقة: 122 ـ أ، وروضة الطالبين 8/ 156.

(3) انظر: مغني المحتاج 4/ 515، ونهاية المحتاج 8/ 403-404.

(4) (بينهما) ساقط من / أ.

(5) الحرج: الاثم: وتحرَّج: تأثم. وحرَّجهن: أثَّمهن.
انظر: لسان العرب 2/ 233، والصحاح 1/ 305-306.

(6) (لهن) ساقط من / أ.

(7) قال تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾﴾. البقرة.

(8) في / أ: (يعداوهما).

(9) (بوجود حيضها) ساقط من / أ.

(10) في / أ: (في المرأة الأخرى).

(11) في / أ: (فقوله).

مقبول في طلاقها[1]؛ ولذلك قال بعض مشايخنا/ : إذا قال لهما إن حضتما فأنتما (236/أ) طالقان، فقالتا: حضنا، فصدق إحداهما وكذب الأخرى طلقت المُكَذَّبة، ولم تطلق المُصَدَّقة؛ لأن المُكَذّبة في طلاق نفسها مصدقة[2] [3]، والزوج قد صدق الأخرى، فاجتمع في حق المكذبة صدق المرأتين بعلمهن[4] [5].

وأما المصدقة فوقوع طلاقها يتعلق بالحيضتين[6]، والزوج قد كذب الأخرى، وقول المكذبة غير مقبول على الزوج في حق الضرة، فلم يجتمع في طلاق المصدقة صدق المرأتين، وإنما حصل صدق إحداهما[7].

ولو كن[8] ثلاثاً فقال لهن: إذا حضتن فأنتن طوالق، فقلن: قد حضن[9]، فإن صدق اثنتين وكذب الثالثة طلقت المكذبة دون المصدقتين، وإن كذب اثنتين وصدق الثالثة لم يطلق[10] منهن واحدة لما ذكرنا[11] من التعليل[12].

مسألة (527): إذا قال لها: إذا شئت فأنت طالق، فقالت: شئت وهي بالقلب

---

(1) كأن يقول: إن حضت فضرتك طالق.
انظر: روضة الطالبين 8/ 153، ومغني المحتاج 3/ 322.
(2) في /أ: (بصدقه).
(3) لأنها مصدقة في الأخبار عن حيضها.
(4) في /أ: (واجتمع).
(5) في /أ: (بعلتين).
(6) فوجدت الصفة في حقها وهي: اجتماع حيضهما.
(7) وممن قال بهذا القول ابن القاص في التلخيص، وهو ما ذهب إليه جماهير الأصحاب.
وقال القفال صاحب التقريب: تطلقان.
انظر: روضة الطالبين 8/ 154، ومغني المحتاج 3/ 322-323، والتلخيص.خ. ورقة: 75 ـ ب، ونهاية المطلب خ. جـ 7 ورقة: 92 ـ أ، والمعاياة.خ. ورقة: 121 ـ ب ـ 122 ـ أ.
(8) في /أ: (فلوكن).
(9) في /أ: (حضنا).
(10) في /أ:(لم يصدق).
(11) في /أ: (لما ذكرناه).
(12) انظر: روضة الطالبين 8/ 154، والتلخيص خ. ورقة: 75 ـ ب.

كارهة وقع الطلاق ظاهراً وباطناً[1]، ولو قال لها: إذا ولدت فأنت طالق، فقالت: ولدت، وهي كاذبة، وقع الطلاق ظاهراً، ولم يقع باطناً[2].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا قال لها: إذا شئت فأنت طالق فمقتضى هذا التعليل أن يكون الطلاق معلقاً[3] بعبارة المشيئة دون الضمير، فإذا عبرت[4] بهذه العبارة وجد الوصف حقيقة فوقع الطلاق ظاهراً وباطناً، اللهم إلا أن يقول: إذا شئت بقلبك. فأما إذا علق وقوع الطلاق بالولادة فحقيقية الوصف وجود الولادة، [فكذلك إذا علق بالحيض، فمتى ما علمنا أن الولادة][5] لم توجد وأنها كاذبة بان لنا أن[6] الوصف في الباطن غير موجود فلا يقع الطلاق باطناً، ولكن لما وجب تعليق[7] الحكم بقولها في الظاهر أوقعنا الطلاق ظاهراً.

وعلى هذا الأصل قلنا: إذا قال لامرأته المراهقة: إن شئت فأنت طالق، فقالت: شئت حكمنا بوقوع الطلاق[8]، ولو قال لها: إن بعت أو اشتريت فأنت

---

(1) تطلق في الظاهر وجهاً واحداً، وفي الباطن وجهان:
الوجه الأول: لا يقع. وهو قول أبي يعقوب الأبيوردي.
الوجه الثاني: يقع. وهو قول القفال. قال البغوي: وهو الأصح.
انظر: روضة الطالبين 8/ 157، والقواعد للحصني، القسم الأول 2/ 585، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني / 343، والوجيز 2/ 69.

(2) على أصح الوجهين.
الوجه الثاني: يقبل قولها ويقع الطلاق.
انظر: مغني المحتاج 3/ 322، والقواعد للحصني، القسم الأول 2/ 587، وروضة الطالبين 8/ 153.

(3) في / أ: (مطلقاً).

(4) في / أ: (فإذا عرب).

(5) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(6) (أن) ساقط من / ج.

(7) في / أ: (تعلق).

(8) على أحد الوجهين.
الوجه الثاني. وهو الأصح: أنها لا تطلق.
انظر: روضة الطالبين 8/ 158، ومغني المحتاج 3/ 325، وحلية العلماء 7/ 100.

طالق، فباعت أو اشترت[1] لم نحكم بوقوع الطلاق[2].

والفرق بينهما: أن بيعها وشراءها باطل، وعبارة المشيئة عبارة موجودة صحيحة، ومنتهى الوصف الذي علق[3] الطلاق[4] به وجود عبارتها.

مسألة (528): إذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً ورابعة وخامسة إلا واحدة وواحدة[5] طلقت ثلاثاً، ولو قال لها[6]: أنت طالق خمساً إلا اثنتين طلقت واحدة على أحد الوجهين[7].

---

(1) في /ج: (واشترت) بدون ألف قبل الواو.

(2) انظر: نهاية المطلب.خ. ج 7 ورقة: 75 ـ أ، ومغني المحتاج 2/ 171.

(3) في /أ: (تعلق).

(4) (الطلاق) ساقط من /ج.

(5) في /أ: (واحدة).

(6) (لها) ساقط من /أ.

(7) حكم هاتين المسألتين ينبني على أصلين مختلف فيهما:
الأصل الأول: إذا عطف بعض العدد على بعض في المستثنى، أو المستثنى منه أو فيهما. فهل يجمع بينهما حتى يكونا، كالكلام الواحد أم لا؟ فيه وجهان:
الوجه الأول: ـ وهو الأصح ـ: لا يجمع.
الوجه الثاني: يجمع بينهما.
فإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة، أو إلا اثنتين وإلا واحدة.
فعلى الوجه الأول: يختص البطلان بالواحدة التي وقع الاستغراق بها فتقع طلقة.
وعلى الوجه الثاني: يكون الاستثناء مستغرقاً والاستثناء المستغرق باطل فتقع الثلاث.
الأصل الثاني: إذا زاد على العدد الشرعي، فهل ينصرف الاستثناء إلى الملفوظ به، أم إلى المملوك وهو الثلاث؟. فيه وجهان.
الوجه الأول: ـ وهو الأصح ـ: ينصرف إلى الملفوظ به.
الوجه الثاني: ينصرف إلى المملوك.
فالمسألة الأولى حكمها ينبني على الأصلين جميعاً. فعلى الوجه الثاني من الأصل الأول، والوجه الأول من الأصل الثاني يقع ثلاثاً؛ لأنا جمعنا وصرفنا إلى الملفوظ.
وعلى الوجه الأول من الأصل الأول والوجه الثاني من الأصل الثاني يقع طلقتين؛ لأنا لم نجمع، وصرفنا إلى المملوك وهو الثلاث.
وقد قطع المؤلف ـ رحمه الله ـ القول فيها وبناها على أصل ذكره في الفرق وقد أشار=

والفرق بين المسألتين: أنه إذا قال لها[1]: أنت طالق ثلاثاً ورابعة وخامسة إلا واحدة وواحدة رجع استثناؤه إلى المتفرقتين في العبارة بعد الثلاث[2]، ولغى ذلك الاستثناء لما لم يرجع إلى الجملة، وبطل أثره في الرابعة والخامسة أيضاً لاستحالة الاستثناء من/ الآحاد المتفرقة، إذ لم يختلف أصحابنا أن الرجل إذا (236/ب) قال: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة أنها تطلق ثلاثاً[3]، فصار تقدير هذه المسألة على الحقيقة كأنه قال: أنت طالق[4] خمساً ولم يستثن شيئاً فلا بد من إيقاع الثلاث[5].

فأما إذا قال لها: أنت طالق خمساً إلا اثنتين فقد ذكر العدد الواقع جملة ورجع الاستثناء إلى الجملة، ولما استثنى ثنتين ـ والاستثناء للاستيفاء ـ عرفنا أنه قصد إيقاع ما بقي بعد استثناء من العدد المملوك بالنكاح، وأنه قد جعل الخمس عبارة عن الثلاث بعد الاستثناء، فصار في التقدير كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين.

=الأسنوي في التمهيد إلى نحو منه. غير أن الرافعي بناها على الأصل الذي ذكرنا وتبعه النووي في ذلك.

أما المسألة الثانية، فتبنى على الأصل الثاني، وهي واضحة لا تحتاج إلى زيادة بيان.

انظر: روضة الطالبين 8/ 92-94، والتمهيد / 400، والقواعد للحصني القسم الأخير 1/ 208-212.

(1) (لها) ساقط من / أ.

(2) لأن الاستثناء يرجع إلى ما يليه.
انظر: المهذب 2/ 86.

(3) وخرجهما ابن المؤلف ـ رحمهما الله ـ على الأصل الأول، فقال؛ بعدما ذكر المسألة ـ: «فمن جمع تلك الصيغ صحح الاستثناء، فكأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة، ومن ترك تلك الصيغ على تقطيعها فالاستثناء عنده باطل، فإنه قال آخراً: وواحدة، ثم قال: إلا واحدة، فانصرف استثناء الواحدة إلى الواحدة، فكان مستغرقاً والاستثناء المستغرق باطل» أ. هـ. نهاية المطلب. خ ج 7 ورقة: 67 ـ أ.
وكذلك فعل النووي في الروضة.
انظر: روضة الطالبين 8/ 93.

(4) (أنت طالق) ساقط من / أ.

(5) في / ج: (من ارتفاع الثلاث).

ومن أصحابنا من يقول في المسألة الثانية: بالوجه الثاني وهو: إيقاع الثلاث؛ لأنه إذا استثنى من الخمس طلقتين فقد أبقى ثلاثاً، وهذا أضعف الوجهين[1].

والأصح: هو الأول[2]، فعلى الأول إذا قال: أنت طالق عشراً إلا واحدة طلقت ثنتين[3]، وعلى هذا الباب قياسه.

مسألة (529): إذا قال الرجل لامرأته: إذا دخلت الدار طالقاً فأنت طالق لم تطلق بدخول الدار، إلا أن تدخلها طالقاً طلقة وهي مدخول بها في العدة قبل انقضائها، ولو طلقها قبل الدخول[4] وراجعها، ثم دخلت الدار وقعت عليها طلقة؛ لأن المراجعة موصوفة بأنها منكوحة، وبأنها طالق على معنى نقصان العدد، ويحتمل أن لا يطلق عليها بعد الرجعة اسم الطلاق، وإن كان العدد بالطلاق السابق ناقصاً[5].

ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق طالقاً، فدخلت الدار وقع الطلاق بالدخول وإن لم يتقدم طلاق[6].

والفرق بينهما[7] وبين المسألة الأولى: أنه إذا قال لها: إذا دخلت الدار طالقاً

---

(1) وهو قول ابن الحداد، وابن القاص.
انظر: روضة الطالبين 8/ 94، والقواعد للحصني القسم الأخير 1/ 312.

(2) وصحح الرافعي والنووي الوجه الثاني.
انظر: المحرر. خ. ورقة: 108 ـ أ، وروضة الطالبين 8/ 94.

(3) لأن الاستثناء ينصرف إلى المملوك وهو الثلاث.
واستثنى منه واحدة، فبقي اثنتان.

(4) في / أ: (ولو طلقها وهي مدخول بها في العدة إلى قبل الدخول).

(5) انظر: روضة الطالبين 8/ 137، والتمهيد / 404، ونهاية المطلب خ. ج 7 ورقة: 201 ـ ب، وبحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 15 ـ ب.

(6) ونقل الرافعي عن الشيخ أبي عاصم. في قوله: أنت طالق طالقاً.: أنه لا يقع في الحال شيء لكن إذا طلقها وقع طلقتان، والتقدير: إذا صرت مطلقة فأنت طالق.
والتنجيز كالتعليق في وقوع الطلاق، إذا وجدت الصفة المعلق بها.
انظر: روضة الطالبين 8/ 129، 137، والتمهيد / 404، ومغني المحتاج 3/ 296.

(7) (والفرق بينهما) ساقط من / ج.

فأنت طالق فقد وضع كلمة الحال موضعها، فاشترطنا في حال دخولها الوصف المشروط وهو أن تكون طالقاً، كما لو قال لها: إن[1] دخلت الدار راكبة فأنت طالق، أو لابسة ثوب[2] حرير فأنت طالق لم يقع الطلاق[3] بمجرد الدخول حتى تكون عند الدخول بالحالة التي ذكرها في يمينه[4].

فأما إذا قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق طالقاً فكلمة الحال غير موضوعة موضعها، ولا تفيد معنى الحال.

فإن قال قائل: فكم[5] تطلق في هذه المسألة إذا دخلت الدار؟ قلنا: تطلق واحدة إلا أن يقول: أردت بالكلمة الثانية ثانية، ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق طالق[6] وهي مدخول بها، وقال: ما أردت شيئاً أوقعنا طلقتين في أحد القولين[7].

(237/أ) **والفق بين المسألتين**: أن قوله: فأنت / طالق طالق كلمتان كل واحد منهما تصلح لما تصلح له الأخرى من قصد الإيقاع، فأوقعنا طلقتين؛ لظاهر[8] الكلمتين، وذلك وجه وأولى من قول من يحمل الثانية على التأكيد[9]، فأما إذا قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق طالقاً فليست الكلمة الثانية بظاهرها صالحة للإيقاع كما كانت[10] الأولى صالحة له.

---

(1) في /ج: (إذا).
(2) (ثوب) ساقط من /ج.
(3) في /ج: (لم تطلق لأنه لم يوقع الطلاق).
(4) انظر: بحر المذهب خ. ج 14. ورقة: 15 ـ ب ـ 16 ـ أ.
(5) في /أ: (بكم).
(6) (طالق) ساقط من /ج.
(7) **والقول الثاني**: تقع طلقة، ويحمل على التأكيد.
انظر: روضة الطالبين 8/ 78، ومغني المحتاج 3/ 296، والقواعد للحصني القسم الأول 1/ 46.
(8) في /أ: (بظاهر).
(9) وهو قول القاضي حسين.
انظر: المراجع السابقة.
(10) في /أ: (كما تكون).

ولو قال لها: إذا دخلت الدار فأنت طالق طلاقاً كان قوله طلاقاً مصدراً وتأكيداً ولم يكن طلاقاً مستنأنفاً بظاهره[1]، فكذلك قوله: أنت طالق طالقاً كأنه نحا بكلامه هذا النحو إلا أنه غير مستقيم[2] في الكلام؛ لأنه لم يجعله مصدراً، ولم يجعله حالاً[3] على عادة الحال في الخطاب، ولا يصلح في الظاهر للإيقاع، والأصل بقاء العدد، وبقاء الملك، فلا نوقع من الطلاق إلا ما وجدنا فيه يقيناً أو ظاهراً ينزل منزلة اليقين.

مسألة (530): إذا قال الرجل: زينب طالق[4] وعمرة طالق وسالم حر إن شاء الله، وجعل الاستثناء موصولاً، رجع الاستثناء إلى أول كلامه وآخر كلامه بجملته، ولم يقع عتقه ولا طلاقه على واحدة من الزوجتين[5].

ولو قال لامرأته: أنت طالق وطالق، ثم طالق إلا واحدة فقد قال[6] الشافعي: «كان استثناؤه باطلاً؛ لأنه استثناء واحدة من واحدة»[7]، فلم يجعل استثناؤه

---

(1) فلا يقع إلا واحدة. وهذا إذا نوى به التأكيد، أو أطلق. أما إذا نوى الاستئناف فيقع ما نوى.
انظر: بحر المذهب.خ. ج .14 ورقة: 23ـ ب، ونهاية المطلب. خ. ج7. ورقة: 54ـ أ.

(2) في /أ: (غير أنه مستقيم).

(3) (حالاً) ساقط من /أ.

(4) في /أ: (وطالق).

(5) مذهب الشافعي أن الاستثناء عقب الجمل المعطوف بعضها على بعض يعود إلى الجميع.
قال الأسنوي: «واعلم أن التعبير بالجمل قد وقع على الغالب وإلا فلا فرق بينهما وبين المفردات، فقد قال الرافعي في كتاب الطلاق: إذا قال: حفصة وعمرة طالقتان إن شاء الله، فإنه من باب الاستثناء عقب الجمل» أ. هـ التمهيد / 398–400 وانظر: روضة الطالبين 8/ 96–97، 11/ 5، والقواعد للحصني القسم الأخير 1/ 214، ونهاية المطلب.خ. جـ 7.
ورقة: 71 ـ أ، وبحر المذهب.خ. جـ 14. ورقة: 43 ـ ب، 45 ـ أ.

(6) في /أ: (فقد فقال).

(7) واستثناء الواحدة من الواحدة باطل للاستغراق. فيقع ثلاث تطليقات.
انظر: الأم 5/ 187، والقواعد للحصني القسم الأخير 1/ 208، 210، 218، وروضة الطالبين 8/ 93.

راجعاً[1]، [إلى جميع كلامه، ولو جعله راجعاً][2] إلى جميع كلامه لصححه وجعله[3] كمن يقول: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة[4].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا قال: زينب طالق وعمرة طالق وسالم حر إن شاء الله، فكل طلاق ذكره إذا رددت إليه الاستثناء رفعه ومنع وقوعه، ويستقيم رد الاستثناء إلى كل جملة مذكورة من طلاق، أو عتاق، فنزلناها منزلة الجملة الواحدة، وحكمنا برجوع الاستثناء إلى جميعها من غير تغيير كلام ولا تفريق مجموع ولا جمع مفرق[5].

فأما إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة[6]، أو قال: أنت طالق وطالق، ثم طالق إلا واحدة، كما صور الشافعي - رحمه الله - فردالاستثناء إلى كل واحدة على الانفراد إبطال للاستثناء[7]، لأن الواحدة إذا استثنيت من الواحدة كانت كاستثناء العشرة من العشرة[8]، ولا وجه لجمع[9] كلامه المفرق طلباً لتصحيح/ الاستثناء، وإذا[10] تركه على صفة (237/ب) التفريق، فلا بد من إبطال الاستثناء، فصار الفرق: فرق جمع[11] على الوجه الذي أوضحناه.

---

(1) في /أ: (راجع).
(2) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(3) في /أ: (يصححه ويجعله).
(4) فإذا قال ذلك طلقت طلقتين.
انظر: الوجيز 2/ 61، والمهذب 2/ 86.
(5) في /أ: (مفترق).
(6) (إلا واحدة) ساقط من /ج.
(7) في /أ: (الاستثناء).
(8) ويعرف هذا عند الأصوليين بالاستثناء المستغرق وهو باطل بالاتفاق.
انظر: الأحكام 2/ 433، والتمهيد / 395، والقواعد للحصني القسم الأخير 1/ 208.
(9) في /أ: (لجميع).
(10) في /ج: (إذا) بسقوط الواو قبلها.
(11) في /ج: (الجمع).

ولهذه النكتة تقول: إن أصح[1] المذهبين أن لا نجمع الكلام المفرق في الاستثناء، كما لا نجمعه في الإيقاع[2]، وصورة الإيقاع ما صورنا من قوله[3]: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة[4] إلا واحدة، أو يقول: أنت طالق ثنتين وواحدة إلا واحدة، فتقع عليها الثلاث[5].

وصورة الاستثناء المفرق: أن يقول أنت طالق ثلاثاً[6] إلا واحدة وواحدة وواحدة فتوقع عليها واحدة[7]، ولا يجمع المفرق[8]، إذ لو جمعناه لصار في تقدير من يقول: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، ولو قال ذلك لوقع الثلاث[9]، بل القياس يقتضي[10] أن ينزل المجموع مجموعاً والمفرق مفرقاً.

مسألة (**531**): إذا ابتدأ[11] الرجل الطلاق والاستثناء على باله[12] فوصله بآخر كلامه نفعه ظاهراً وباطناً[13].

---

(1) في /أ، جـ: (ان صح) والصواب ما أثبت.
(2) وتقدم ذكر المذهبين في ص 251 هامش 7.
(3) في/أ: (ما صورناه في قوله).
(4) (وواحدة) ساقط من /أ.
(5) وعلى مذهب الجمع يقع طلقتان.
انظر: روضة الطالبين 8/ 93، والتمهيد / 400.
(6) في /أ: (إلا ثلاثاً).
(7) وعلى مذهب الجمع يقع ثلاث تطليقات.
انظر: روضة الطالبين 8/ 93، والقواعد للحصني القسم الأخير 1/ 210.
(8) في /أ: (المتفرق).
(9) لأن الاستثناء باطل، لاستغراقه.
انظر: روضة الطالبين 8/ 92، والوجيز 2/ 61.
(10) (يقتضي) ساقط من / جـ.
(11) في / جـ: (إذا أراد).
(12) في /أ: (في باله).
(13) انظر: روضة الطالبين 8/ 91، ومغني المحتاج 3/ 300، والقواعد للحصني القسم الأخير 1/ 198.

ولو لم يخطر بباله الاستثناء حتى فرغ من إيقاع الطلاق، ثم خطر بباله قصد[1] الاستثناء فوصل الاستثناء بالكلام لم ينفعه في الباطن[2].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا أنشأ الكلام على قصد الاستثناء استحال الإيقاع بأول كلامه وقصد الاستثناء مقرون بأوله، ونفس الاستثناء موصول بآخره.

فأما إذا أنشأ الإيقاع وفرغ من اللفظ، ثم بدت[3] له خطرة[4] الاستثناء فالإيقاع قد عمل عمله ونفذ موجبه بظاهر التنجيز السابق، فلا ينفعه الاستثناء، ولا يرتفع به[5] موجب كلامه، وادعى بعض مشايخنا في هذه المسألة الإجماع[6] في كتاب الإجماع[7].

---

(1) (قصد) ساقط من /أ.

(2) على أصح الأوجه.
الوجه الثاني: أنه ينفعه.
الوجه الثالث: صحة الاستثناء بشرط وجود النية قبل فراغ اليمين وإن لم يقارن أولها.
ذكر النووي هذا الوجه وصححه.
انظر: المراجع السابقة.

(3) في /ج: (ثم ندب).

(4) الخطرة: الذكرة. نقيض النسيان.
انظر: معجم مقاييس اللغة 2/ 199، ولسان العرب 4/ 249، 308.

(5) (به) ساقط من /أ.

(6) أي الإجماع على أنه لا يعمل بالاستثناء حتى يتصل بأول الكلام. وذكر النووي أن أبا بكر الفارسي ادعى الإجماع عليه.
انظر: روضة الطالبين 8/ 91.

(7) أبهم المؤلف ـ كعادته في حكاية الأقوال عن الأصحاب والمشايخ ـ صاحب هذا القول، ولعله ما ذكره النووي، وقد بحثت فيما تيسر لي من كتب التراجم فلم أعثر على أحد نسب هذا الكتاب إليه.
انظر: طبقات الشافعية للأسنوي 2/ 254، وطبقات الشافعية لابن هداية الله / 75، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة 1/ 123، وكشف الظنون 2/ 1188، والسقاية المرضية في أسامي الكتب الفقهية / 4.

مسألة (532): إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة ونوى ثلاثاً نظرنا[1]، فإن جعل نية الثلاث ضمن قوله: [أنت[2] طالق، أوقعناها، وإن جعلها ضمن قوله][3]: واحدة أوقعناها واحدة[4].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا قال هذه المقالة، وضمن أول كلامه نية الثلاث ثبتت الثلاث؛ لأنه[5] قد[6] وضع النية موضعها، وقرنها بالكلمة القابلة لها؛ لأن قوله: أنت طالق لفظ يحتمل الثلاث [بالنية.

فأما الواحدة، فلا تحتمل الثلاث كما لا تحتمل الثلاث][7] الواحدة، والأعداد صرائح في معدوداتها.

ولو قال لامرأته: أنت واحدة ونوى ثلاثاً وقع الثلاث[8].

وقد قلنا: إنه إذا قال لها: أنت طالق واحدة ونوى بقوله: واحدة ثلاثاً لم تطلق إلا واحدة.

والفرق بين المسألتين: أنه إذا قال لها: أنت واحدةٌ بالرفع ونوى الثلاث،

---

(1) (نظرنا) ساقط من/أ.

(2) في /أ: (وأنت) والصواب ما أثبت.

(3) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.

(4) في هذه المسألة ثلاثة أوجه:
الأول: ما ذكره المؤلف. وهو قول القفال.
الثاني: أنه يقع ما نوى. وصححه البغوي، والنووي.
الثالث: لا يقع إلا واحدة. وصححه الغزالي.
انظر: روضة الطالبين 8/ 76، والوجيز 2/ 59، ومغني المحتاج 3/ 294-295، وكفاية النبيه. خ. ج 9. ورقة: 168 ـ ب.

(5) في /أ: (نية الثلاث عليه لأنه).

(6) (قد) ساقط من /ج.

(7) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.

(8) على أصح الوجهين.
الوجه الثاني: تقع واحدة فقط.
انظر: روضة الطالبين 8/ 76، ومغني المحتاج 3/ 295، والوجيز 2/ 59.

(238/أ) فقوله/ واحدة مستعمل على معنى: أنت بائنة مفردة عن الزوج[1]، لا بمعنى[2] العدد، ولو قال لها: أنت بائنة ونوى ثلاثاً وقع الثلاث[3]. فأما إذا قال لها: أنت طالق واحدةً فلفظ الواحدة هاهنا بالنصب لا بمعنى البائنة والمفردة[4]، وإنما يصلح للعدد، وتضمين الواحدة عدد الثلاث من المحال في العدد، وهذا يوضح ما قدمناه من الفرق من قوله: إذا دخلت الدار فأنت طالق طالق، ومن قوله[5]: إذا دخلت الدار فأنت طالق طالقاً[6] فتأمل.

مسألة (533): إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً، فماتت بين قوله: طالق، وبين قوله ثلاثاً فالمذهب الصحيح أنا لا نوقع شيئاً من الطلاق[7]، ومن أصحابنا من أوقع واحدة إلا أن يقول: نويت ثلاثاً مع قول: أنت طالق مقروناً، ثم فسر[8] بالعبارة ما كان في الضمير، فتقع الثلاث[9].

فأما إذا أطلق لفظه إطلاقاً ولم يكن له نية، فلا نوقع شيئاً[10].

---

(1) أي أنه يحمل قوله: واحدة على التوحد والتفرد.

(2) في /أ: (لا معنى).

(3) انظر: مغني المحتاج 3/ 294، والمهذب 2/ 84.

(4) في /أ: (المفردة) بسقوط الواو قبلها.

(5) في /أ: (وبين قوله).

(6) راجع الفرق ص: 253.

(7) بناء على الصحيح من المذهب أن الثلاث تقع عند فراغه من قوله: ثلاثاً.
واختيار المزني: وقوع الثلاث. وصححه البغوي.
انظر: روضة الطالبين 8/ 76، 82، ومغني المحتاج 3/ 295، والقواعد للحصني. القسم الأول 2/ 562-563، ونهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 60 ـ أ ـ ب.

(8) في /ج: (ثم فسره).

(9) ونقل هذا عن القفال، والمتولي، وهو اختيار إسماعيل البوشنجي.
انظر: روضة الطالبين 8/ 76، ومغني المحتاج 3/ 295.

(10) هذا اختيار المؤلف، والمفهوم من النقل عن القفال أنها تقع واحدة عند الإطلاق، وما اختاره المؤلف وجه في المسألة من غير تفريق بين النية والإطلاق.
انظر المرجعين السابقين.

وإنما فصلنا بين حالة الإطلاق وحالة وجود النية؛ لأنه إذا قرن نية الثلاث بقوله: أنت طالق، فكأنه جعلهما[1] كلامين وإن كان في[2] صورة الكلام الواحد، وكانت محلاً للطلاق عند فراغه من قوله: أنت طالق[3] فوقع الثلاث، فاستغنينا[4] عن ذكر الثلاث عبارة.

فأما إذا أطلق اللفظ إطلاقاً، فقد جعله كلاماً واحداً من أوله إلى آخره، وآخر الكلام يتوقف على الأول والأول على الآخر.

ألا ترى أنه لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثاً وقع الثلاث[5]، ولولا أن بعض الكلام[6] موقوف على بعض، لبانت بقوله: أنت طالق، ولما وقع عليها أكثر من واحدة، فبان بهذه المسألة استحالة إيقاع الطلاق إذا ماتت بين الكلمتين.

مسألة (534): إذا قال لامرأته: يا زينب إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً وفاطمة مثلك، وأراد بالتشبيه وقوع الطلاق على فاطمة بدخول زينب، فدخلت زينب وقع[7] الطلاق عليهما جميعاً[8].

وإن قال: مرادي بالتمثيل والتشبيه: أن فاطمة إذا دخلت الدار، فهي طالق ـ أيضاً ـ، ففاطمة لا تطلق بدخولها الدار ولا بدخول زينب[9].

(1) في /أ: (جعلها).
(2) (في) ساقط من /ج.
(3) لوقوعها قبل موتها.
(4) في /أ: (واستغنينا).
(5) بلا خلاف.
انظر: روضة الطالبين 8/ 82، والقواعد للحصني القسم الأول 2/ 562.
(6) في /أ: (ولو أن بعض الكلام).
(7) في /أ: (وقوع).
(8) انظر: خبايا الزوايا / 370، ومغني المحتاج 3/ 299-300، وروضة الطالبين 8/ 242، 243.
(9) على أحد الوجهين.
الوجه الثاني ـ وهو الأصح ـ: أنه يصح التشريك ويتعلق طلاق كل منهما بدخول نفسها.
انظر: المراجع السابقة.

والفرق بين المسألتين: أنه إذا ذكر فاطمة على معنى[1] تعليق طلاقها بدخول زينب، فاليمين يمين واحدة معقودة في زينب، وعلى تلك اليمين الواحدة طلاقان معلقان[2] في امرأتين، وذلك مستقيم في الكلام، فكأنه قال: إذا دخلت الدار زينب فهي طالق، وفاطمة طالق/ ، فتطلقان[3] جميعاً بدخول زينب. **(238/ب)**

فأما المسألة الثانية فقد قصد فيها عقد يمينين، أحدهما[4] في زينب، والأخرى: في فاطمة على وجه التشريك في العبارة الواحدة بالتشبيه والتمثيل على لفظ الكناية، واليمين لا تنعقد بمثل ذلك، ولا شركة في الأيمان؛ ولذلك قال الشافعي: لو قال لإحدى امرأتيه: والله لا أجامعك، ثم قال للأخرى: أنت شريكتها، أو أنت مثلها لم يصر مولياً من الثانية، ولكنه مولى من الأولى[5].

وليس كقوله لأحدهما: أنت طالق، ثم يقول لأخرى: أنت شريكتها ـ ونيته الطلاق ـ فتطلقان جميعاً؛ لأن ذلك تنجيز طلاق لا تشريك في اليمين[6].

مسألة (535): إذا قال للحامل[7] من زنا قد أصابها: أنت طالق للسنة طلقت إذا طهرت من النفاس[8]، ولو كان الحمل من غير الزنا طلقت في الحال[9].

والفرق بينهما: أن الحمل إذا لم يكن من الزنا لم يكن في طلاق الحامل سنة ولا

(1) (معنى) ساقط من / ج.
(2) (معلقان) ساقط من / ج.
(3) في / أ: (متطلقان).
(4) في / ج: (أحديهما).
(5) انظر: الأم 5/ 268، ومختصر المزني / 198.
(6) انظر: روضة الطالبين 8/ 90، ومغني المحتاج 3/ 299.
(7) (للحامل) ساقط من / ج.
(8) ويقع الطلاق بدعياً.
انظر: روضة الطالبين 8/ 8، 21، ونهاية المطلب.خ. ج 7. ورقة: 100 ـ ب.
(9) انظر: روضة الطالبين 8/ 21، والمهذب 2/ 88.

بدعة، فتنجز الطلاق، كما لو قال لغير المدخول بها[1]: أنت طالق للسنة أو للبدعة فيقع الطلاق عاجلاً[2].

فأما إذا كان الحمل من الزنا، فوجود هذا الحمل، كعدمه.

والصحيح: أن لا يفصل بين أن تحيض، أو لا تحيض، وبين أن نقول: تحيض الحامل، أو لا نقول: تحيض[3] الحامل، فالجواب ما ذكرنا[4]، ومنزلتها منزلة المرأة الحائل إذا[5] أصابها زوجها طاهراً، ثم قال لها: أنت طالق للسنة، فلا يقع عليها الطلاق ما لم تطهر من الحيضة المستقبلة[6]، فكذلك لا يقع الطلاق على الزانية ما لم تطهر من نفاسها.

وقد قال الشافعي[7] ـ رحمه الله ـ: «لو قال للحامل: أنت طالق ثلاثاً للسنة في كل قرء واحدة لم يقع عليها في زمان الحمل ـ وإن طال[8] ـ إلا واحدة، سواء[9] كانت تحيض على الحبل، أو لا تحيض»[10].

وقال بعض مشايخنا: إذا لم نجعل[11] للحمل من الزنا حكم الحمل وجب أن

(1) (بها) ساقط من / جـ.
(2) انظر: روضة الطالبين 8/ 11-12، ومغني المحتاج 3/ 310.
(3) في / أ: (أو نقول لا تحيض).
(4) في / أ: (ما ذكرناه).
يشير المؤلف ـ رحمه الله ـ إلى أنه لا يختلف حكم الحامل من الزنا إذا رأت الدم ولم نجعله حيضاً، أو جعلناه حيضاً عن الحامل من الزنا إذا لم تر دماً. انظر: روضة الطالبين 8/ 21، ونهاية المطلب خ. جـ 7 ورقة: 100 ـ ب.
(5) (إذا) ساقط من / جـ.
(6) انظر: روضة الطالبين 8/ 10، والمهذب 2/ 88.
(7) في / أ: (وقال الشافعي).
(8) في / أ: (وإن قال).
(9) (سواء) ساقط من / جـ.
(10) انظر: الأم 5/ 181، ومختصر المزني / 191.
(11) في/ أ: (إذا نجعل).

نجعل أطهارها من الحيض[1] أطهاراً[2] مطلقة حتى نوقع الطلاق في هذه المسألة إذا طهرت من الحيضة التي يستعقبها طهر التعليق[3].

مسألة (536): إذا قال: [يا هند، فقالت زينب لبيك، فقال: أنت طالق ثلاثاً، ثم قال][4]: خاطبت[5] زينب ومرادي طلاق هند طلقتا جميعاً ثلاثاً[6].

ولو قال: خاطبت هند وما خاطبت زينب طلقت هند ثلاثاً، وإن كانت غائبة، ولم تطلق زينب[7].

والفرق بين الحالتين: أنه إذا قال كان أول خطابي وآخره خطاباً لهند لم[8] يوجد منه في طلاق زينب/ لفظ ولا نية، وإنما تكلمت زينب بالجواب فقط ومخاطبة هند بالطلاق مع الغيبة مخاطبة[9] صحيحة. (239/أ)

ألا ترى أن الرجل لو قال: يا زينب أنت طالق وهي نائمة، أو بعيدة لا تسمع

---

(1) في /أ: (بين الحيضتين).
(2) في /أ: (أطهار).
(3) فلا يعلق الطلاق على طهرها من النفاس إذا طلقها في حال رؤية الدم.
انظر: روضة الطالبين 8/ 21.
(4) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(5) في /أ: (خاطب).
(6) أما هند فيقع طلاقها ظاهراً وباطناً، وأما زينب فيدين في الباطن ويقع طلاقها ظاهراً على الصحيح، كما قال النووي.
انظر: روضة الطالبين 8/ 172، ومغني المحتاج 3/ 327، ونهاية المطلب. خ. ج 7 ورقة: 97 ـ ب.
(7) على أحد الوجهين.
الوجه الثاني: تطلق زينب في الحكم، ولا تطلق فيما بينه وبين الله، وتطلق هند في الحكم وفي ما بينه وبين الله.
انظر: بحر المذهب. خ. ج 14 ورقة: 63 ـ أ، والمطلب العالي. خ. ج 20. ورقة: 239 ـ ب، 240 ـ أ ـ ب.
(8) في /ج: (فلم).
(9) (مخاطبة) ساقط من /ج.

فالطلاق واقع، فأما إذا قال: لما أجابتني زينب خاطبتها[1] ومرادي: طلاق هند، فقد أقر بمخاطبة زينب، ولفظه بظاهره صالح لهما فنزلت منزلة[2] لفظتين، ولا نقول: طلقت هند بالنية، كما قال بعض أصحابنا؛ لأن الطلاق لا يقع بمجرد النية، ولكن نقول: وقع الطلاق عليهما[3] جميعاً بالعبارة الصالحة لكل واحدة منهما.



(1) في /ج: (خاطبت).
(2) (منزلة) ساقط من /أ.
(3) في /أ: (عليها).

كتاب الرجعة[1]

مسألة (537): إذا أصاب الرجعية[2] في العدة عالماً بالتحريم، أو جاهلاً فلا حد عليه، ولا خلاف في ذلك[3]، وعليه مهر مثلها[4] سواء راجعها، أو لم يراجعها، سواء طاوعته على الإصابة، أو كانت غير مطاوعة، والوطء حرام بكل حال[5].

وإذا أسلم أحد الزوجين بعد المسيس حرم الوطء إذا كان ذلك الاختلاف مانعاً ابتداء النكاح[6]، وحكم المهر موقوف، فإن جمعهما الإسلام في العدة، [فلا مهر عليه، وإن لم يجمعهما في العدة][7]، فعليه مهر المثل[8].

(1) في / ج: (كتاب الخلع).
(2) في / ج: (الرجعة).
(3) انظر: روضة الطالبين 8/ 221، ومغني المحتاج 3/ 340، ونهاية المحتاج 7/ 63-64.
(4) في / ج: (المثل).
(5) انظر: المراجع السابقة.
(6) انظر: الأم 5/ 46، وروضة الطالبين 7/ 142.
(7) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(8) نص الشافعي ـ رحمه الله ـ على أن الرجعية إذا وطئها الزوج يلزمه مهر المثل راجعها، أو لم يراجعها. ونص فيما إذا ارتدت المرأة، فوطئها الزوج وكانت مدخولاً بها، فعادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة لم يلتزم مهرها، ولو أصرت على الردة حتى انقضت العدة التزم مهرها.
وألحق النووي في ذلك ما لو أسلم أحد المجوسيين، أو الوثنيين ووطئها، ثم أسلم المتخلف في العدة.
واختلف الأصحاب فيهما على طريقين:
الطريق الأول: نقل جواب الرجعية في المرتدة، وجواب المرتدة في الرجعية، فيكون في كل مسألة قولان بالنقل والتخريج.
الطريق الثاني: ـ وهو المذهب ـ: تقرير النصين وإيجاد الفرق بينهما.
انظر: الأم 5/ 244، وروضة الطالبين 8/ 221، ومغني المحتاج 3/ 340، ونهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 114 ـ أ ـ ب.

والفرق بينها[1] وبين الرجعية: أن الإصابة[2] إذا حصلت [في الرجعية لم نستبن بحصولها أن الحرمة لم تكن حاصلة][3]، بل نعلم يقيناً أن الحرمة كانت حاصلة على الحقيقة، وأن الطلاق كان واقعاً، وأن ذلك الطلاق الواقع[4] لم يرتفع، ولكن[5] الرجعة أفادت في الحال تحليلاً بما بقي له من عدد الطلاق، وشابهت عقد النكاح بعد انقضاء العدة في التحليل.

فأما إذا اجتمع الزوجان في العدة مسلمين، فلا نقول: كانت الحرمة حاصلة على الحقيقة، ولا نعبر بعبارة زوال الملك، [ولكن نقول: بان لنا أن ما سبق من الاختلاف لم يقدح في الملك][6]، ولم يؤثر[7] في إزالته، وإن كان الوطء حراماً للحالة العارضة.

ألا ترى: أنها تحته بعد إسلامها على ثلاث تطليقات كما كانت[8]، وأنا لا نحتاج[9] إلى تجديد عقد واستئناف استحلال[10] [11]؛ فلذلك فصلنا بين المسألتين.

---

(1) في / أ: (بينهما) وساقط من / جـ، والصواب ما أثبت. والله أعلم.

(2) في / أ: (أن المراجعة).

(3) ما بين الحاصرتين ساقط من / جـ.

(4) (الواقع) ساقط من / جـ.

(5) في / أ: (لكن) بدون الواو قبلها.

(6) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.

(7) في / أ: (ولا يؤثر).

(8) على القول: بفساد أنكحتهم..
أما على القول الصحيح وهو: صحة أنكحتهم فإنه يحسب عليه ما طلقها في الشرك ويبني عليه في الإسلام، نص عليه في الأم.
انظر: الأم 5/ 55، والمطلب العالي. خ. جـ 18. ورقة: 233 ـ ب.
وروضة الطالبين 7/ 150-151، ومغني المحتاج 3/ 193.

(9) في / أ: (وإنما لا نحتاج).

(10) (استحلال) ساقط من / جـ.

(11) حتى على القول بفساد أنكحتهم؛ لأجل التخفيف وخشية من التنفير.
انظر: روضة الطالبين 7/ 150، ومغني المحتاج 3/ 193.

مسألة (538): الطلاق الرجعي في تحريم الإصابة يجري مجرى المخالعة[1] ولا يجري في الميراث والظهار، والإيلاء وبقاء سلطان الزوج مجرى المخالعة[2].

وإنما فصلنا بين حكم الإصابة وبين سائر هذه الأحكام؛ لأن استحلال الإصابة موقوف أبداً على كمال الملك؛ لتغليظ أمر الأبضاع، فإذا اعترض[3] على الملك ما/ يوقع خللاً وثلمة[4] جرى ذلك مجرى زوال الملك في تحريم الوطء[5]؛ (239/ب) ولذلك لا يحل إصابة الجارية المشتركة لما اجتمع فيها ما يوجب التحريم وما يوجب التحليل[6].

وكذلك قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: إذا أشكلت جهة الاستحلال لم تحل الإصابة[7]، وهو كما قال[8] في كتاب الإقرار: «ولو[9] قال: بعتك جاريتي هذه

---

(1) على أحد القولين.
القول الثاني ـ وهو الجديد ـ: أنه يصح مخالعتها.
انظر: الوجيز 2/ 72، وروضة الطالبين 8/ 222، والمهذب 2/ 102.

(2) فيصح أن يطلق الرجعية ويلاعنها ويوالي منها ويظاهر منها، ويجري التوارث بينهما بلا خلاف في ذلك كله.
انظر: المراجع السابقة.

(3) في /أ: (إذا اعترض).

(4) في /أ: (هما يوقع ثلمة).

(5) والوطء إنما يباح في الملك التام دون المزلزل.
انظر: المنثور في القواعد 3/ 336.

(6) وهذا الفرع من فروع قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام».
انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 105-106، والمنثور في القواعد 1/ 125، 128.

(7) الذي يظهر أن هذه القاعدة ليس منصوصاً عليها في كتب الشافعي وإنما استخرجها المؤلف من حكم مسألتين منصوصتين للشافعي:
إحداهما: ما ذكره الشافعي في كتاب الإقرار ونقله المؤلف.
والثانية: إذا اشترى زوجته بشرط الخيار فلا يجوز وطؤها في زمن الخيار. ويؤيد ذلك ما ذكره الزركشي في المنثور حيث قال: «وهل يشترط في إباحة الوطء تعين جهة؟ كلام الإمام الشافعي يقتضي اشتراطه» فإنه قال: «إذا اشترى زوجته، فلا يجوز وطئها في زمن الخيار؛ لأنه لا يدري أيطأ بالزوجية، أو بالملك» أ. هـ. المنثور في القواعد 3/ 337.

(8) في /أ: (وهو ما قال).

(9) في /ج: (لو) بدون الواو قبلها.

فأولدتها[1]، فقال: بل زوجتنيها وهي أمتك، فولدها حر والأمة أم ولد بإقرار السيد، وإنما ظلمه[2] بالثمن، فيحلف ويبرأ، فإن مات، فميراثه لولده من الأمة وولاؤها[3] موقوف»[4].

[5]فقال مشايخنا: لما جعلها في حكم أمهات الأولاد والرجل يدعي أنها زوجته[6]، فقد حكم بتحريم الوطء.

ألا ترى: أنه قال[7] ـ فيمن اشترى زوجته بشرط الخيار ـ: «ليس له[8] وطؤها[9] ما دام[10] زمان الخيار باقياً؛ لأنه لا يدري أيطأ زوجته، أو يطأ مملوكته»[11]. فلما كان شأن الأبضاع في التغليظ على خلاف غيرها وقعت الحرمة لما وقعت الثلمة.

وأما تصرفه فيها[12] بالإيلاء، والظهار، والمراجعة، فذلك من ثمرات الملك، وقد بقي له عليها بقية الملك، فكان له التصرف فيها بتلك البقية.

فإن قال قائل: فهلا قلتم[13] على هذه الطريقة أن الطلقة الواحدة إذا تحقق

---

(1) في /أ: (وأولدتها).
(2) في /ج: (وإنما طلبه).
(3) في /أ، ج: (وولاها) والمثبت من نص الشافعي.
(4) انظر: مختصر المزني / 114.
(5) في /أ: (وقال).
(6) في /ج: (زوجتي).
(7) في /أ: (أنه لو قال).
(8) في /أ: (بشرط الخيار فقال ليس له).
(9) في /أ، ج: (وطئها) والصواب ما أثبت.
(10) في /أ: (وما دام).
(11) انظر: الأم 5/ 552، والمنثور في القواعد 3/ 337.
قال الرافعي: «اعتذر الإمام ـ يقصد إمام الحرمين ـ عن هذا النص فقال: ليس المنع في هذه الصورة؛ لاختلاف الجهة، بل؛ لأن الملك في زمن الخيار للمشتري على قول» أ. هـ. الشرح الكبير 11/ 182.
(12) (فيها) ساقط من /أ.
(13) في /أ: (فهل لا قلتم).

وقوعها حصلت الحرمة الكبرى [حتى لا تحل له إلا بعد زوج.

قلنا: الحرمة الكبرى][1] لا تتقسط على الطلقات، إنما تحصل عقيبها منسوبة إلى جميعها، كما يحصل السكر عقيب[2] جميع الأقداح منسوباً إلى جميعها، ويستحيل أن يتقسط السكر على الأقداح، وأن يتبعض حكمه وحكم الإفاقة، فكذلك حكم[3] الحرمة الكبرى، وليست الصغرى من جنس[4] الكبرى، وكيف تكون من جنسها والعقد حلال[5] بالإجماع عقيب الصغرى في غير المدخول بها، وفي المدخول بها بعد انقضاء عدتها[6]، ولا يجوز العقد بعد الثلاث من غير زوج وإصابة[7] زوج[8].

مسألة (539): إذا قال الرجل لامرأته: طلقتك إن شئت فقالت: شئت طلقت[9].

ونص الشافعي ـ رحمه الله ـ على أنه لو قال لها: راجعتك إن شئت فقالت: شئت لم تكن رجعة[10]، وكذلك لو قال: كلما طلقتك فقد راجعتك لم تكن رجعة[11]، نص عليه.

وإنما فصلنا بين عقد الطلاق وبين عقد الرجعة؛ لأن عقد الطلاق قابل للتعليق على جميع الحالات.

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(2) في /أ: (عقيبها).
(3) (حكم) ساقط من /أ.
(4) في /أ: (من حين).
(5) في /أ: (حلالاً).
(6) انظر: الإجماع /80، والإشراف على مذاهب العلماء 4/ 163.
(7) في /أ: (اصابة) بدون الواو قبلها.
(8) بالاجماع.
انظر: الإجماع /81، والإشراف على مذاهب العلماء 4/ 199.
(9) انظر: الأم 5/ 245، والوجيز 2/ 67-68، والمهذب 2/ 97.
(10) انظر: الأم 5/ 245، وروضة الطالبين 8/ 216.
(11) انظر: الأم 5/ 245، وروضة الطالبين 8/ 216.

ألا ترى: أنه مع المعاوضة يقبل التعليق[1]، بخلاف النكاح[2].

فأما الرجعة فعقد استحلال مثل عقد النكاح من بعض الوجوه وإن خالفته من / بعض الوجوه[3]، وهي بمعزل[4] عن الغرر والخطر والتعليق. (240/أ)

ثم قال الشافعي ـ رحمه الله ـ ولو قال[5]: إذا كان[6] أمس فقد راجعتك لم تكن رجعة، ولو قال لها: قد راجعتك أمس[7] أو يوم كذا ـ ليوم[8] ماض بعد الطلاق ـ كانت رجعة، وهكذا لو[9] قال: كنت راجعتك بعد الطلاق[10].

وإنما فصل الشافعي بينهما: للأصل الذي ذكرناه في التعليق ونفيه عن الرجعة.

فإذا قال: إذا كان أمس فقد راجعتك كان هذا اللفظ تعليقاً[11]، وإن كان أمس

---

(1) في /أ: (ألا ترى أن المعاوضة تقبل التعليق).

(2) فلا يقبل التعليق كما لو قال: إذا جاء رأس الشهر فقد زوجتك، أو زوجتك على أن تفعل لي كذا.
انظر: المنثور في القواعد 1/ 373، والأشباه والنظائر للسيوطي / 376.

(3) الرجعة تفارق النكاح في أمور هي:
1 ـ اشتراط كونها في العدة.
2 ـ أنها تصح بلا ولي، ولا شهود، ولا رضى.
3 ـ أنها تصح بغير لفظ النكاح والتزويج.
4 ـ أنها تصح في الإحرام.
5 ـ أنها لا توجب مهرا.
انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 525.

(4) في /أ: (وهي بعزل).

(5) (ولو قال) ساقط من /جـ.

(6) في /أ: (إن كان).

(7) (أمس) ساقط من /جـ.

(8) في /أ: (أو يوم)، وفي /جـ: (أو ليوم) والمثبت من نصه في الأم.

(9) (لو) ساقط من /أ.

(10) انظر: الأم 5/ 245.

(11) في /أ: (كان هذا لفظ تعليق).

يوماً ماضياً، وإذا حذف التعليق فقال: قد راجعتك أمس ـ وإن لم يكن راجعها في الأمس ـ جعل هذا اللفظ منه رجعة؛ لأن هذا الزمان زمان صالح لإنشاء الرجعة، وإذا أخبر[1] كاذباً جعلنا إخباره كاذباً: إنشاءً وابتداءً ظاهراً وباطناً.

مسألة (540): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا قالت: قد[2] انقضت عدتي في مدة لا تنقضي عدة امرأة في مثلها فأبطلت[3] قولها، ثم جاءت[4] عليها مدة تنقضي العدة في مثلها وهي ثابتة على قولها الأول: قد انقضت عدتي[5]، فعدتها منقضية»[6].

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو قال المودع: لم تودعني شيئاً، ثم قال: قد كنت استودعتنيه فهلك ضمن»[7] [8]. فلم يقبل[9] قول الأمين في الودائع بعدما بان كذبه، بخلاف المسألة الأولى حيث[10] قبل[11] قولها في انقضاء عدتها بعدما بان[12] كذبها.

وإنما فصل بينهما؛ لأنا لو لم نقبل قولها لم نجد مرجعاً غير قولها، إذ لا سبيل إلى الإحاطة بانقضاء العدة ما لم تخبر المرأة عن انقضائها[13]، فصارت هذه الأمانة

---

(1) في /أ: (فإذا اختبره).
(2) (قد) ساقط من /أ.
(3) في /ج: (فأبطلنا).
(4) في /أ: (ثم جاء).
(5) في /أ، ج: (عدتها)، والمثبت من نص الشافعي في الأم.
(6) انظر: الأم 5/ 246، وروضة الطالبين 8/ 220.
(7) (ضمن) ساقط من /ج.
(8) انظر: مختصر المزني /147، والأم 4/ 137.
(9) في /أ: (ولم يقبل)، وفي /ج: (لم يقبل) بدون الواو قبلها ولعل الصواب ما أثبت.
(10) (بخلاف المسألة الأولى حيث) ساقط من /أ.
(11) في /أ: (وقبل).
(12) في /ج: (كان).
(13) في /أ: (عن انقضاء عدتها)

موضوعة فيهن[1] صدقن، أو كذبن، تحرجن، أو لم يتحرجن، فإذا لحقت واحدة منهن تهمة[2] الكذب حلفت وحكمنا بقولها.

وأما الودائع فليس من ضرورتها قبول قول المؤتمن فيها بعدما زالت أمانته للخيانة الظاهرة من جهته، فإذا قال: لم تودعني، ثم قال: قد استودعتني: كان معترفاً على نفسه بتكذيب نفسه، وصفة الأمانة تزول بمثل هذا، فيصير مؤاخذاً بإقراره، فلا يكون[3] مقبول القول بعد الإقرار بالخيانة[4].

مسألة (541): قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: «لو طلق الرجل امرأته ثم قال: أعلمتني أن عدتها قد انقضت، ثم راجعها لم يكن هذا إقرار بأن عدتها[5] انقضت، وثبتت الرجعة إذا قالت: لم تنقض عدتي»،/ هذا لفظه[6]، ولو **(240/ب)** أنها قالت ـ بعد هذه الرجعة ـ: كانت عدتي قد انقضت لم نحكم بصحة الرجعة[7].

والفرق بين الحالتين: أنها إذا قالت: قد انقضت عدتي وسبق من الزوج ما سبق من الإخبار عنها فظاهر كلامها فساد هذه الرجعة إذا كان الزمان محتملاً لانقضاء[8] العدة، ولا[9] يكون قوله: أعلمتني أن عدتها قد انقضت دون قولها ابتداء: انقضت عدتي، ولو قالت: انقضت عدتي فراجعها بعد ذلك لم تصح الرجعة؛ لأنه قد دخل[10] تحت إخباره معنى قولها بعد تصديقها إياه على ما حكي عنها.

---

(1) في /أ: (فيمن).
(2) في /أ: (تهميه).
(3) في /أ: (ولا يكون).
(4) في /أ: (بالجناية).
(5) في /أ: (اقراراً منه أن عدتها).
(6) انظر: الأم 5/ 246، ومختصر البويطي. خ. ورقة: 99 ـ ب، وروضة الطالبين 8/ 228.
(7) انظر: الأم 5/ 246-247.
(8) في /ج: (انقضاء).
(9) (ولا) مكررة في /ج.
(10) في /ج: (فقد دخل).

فأما إذا كذبته[1] وقالت: ما انقضت عدتي، وما أخبرتك وما أعلمتك، فقد صار الإخبار في جانبها مفقوداً بتكذيبها وبقي جانبه، وهو يقول: أعلمتني، وهذا الكلام وحده من غير تصديقها يحتمل معنيين:

أحدهما: أن يقول: أعلمتني حين لم يحتمل.

والثاني: أنها أعلمتني حين كان يحتمل، فلا يكون صريحاً قاطعاً لحقه لا محالة.

فإن قيل: أليس لو راجعها[2] فقالت بعد الرجعة: قد انقضت عدتي حكمنا بصحة الرجعة[3]، فهلا حكمتم هاهنا[4] بصحة الرجعة إذا قالت[5] المرأة: عدتي منقضية، وقد سبق من الزوج خبره عن إعلامها؟. وما[6] الفرق بينهما؟

قلنا: والفرق[7] بينهما: أنها إذا لم تتكلم بالدعوى، ولم يتكلم الزوج بحكاية دعواها فظاهر الأمر بقاء العدة والرجعة تبقى ما بقيت العدة، فإذا سبق لفظ الرجعة، ثم ادعت انقضاء العدة لم يقدم حكم الانقضاء ولم ينسند[8].

فأما إذا سبق من الزوج قوله: أعلمتني[9] أن عدتها قد انقضت، فقد أخبر بزوال ذلك الظاهر فليس[10] له المراجعة ما لم يعد ذلك الظاهر الزائل، وإذا قالت: كذبت ما أخبرتك، وما أعلمتك، فقد عاد، ذلك الظاهر الزائل فحكمنا ببقاء الرجعة.

---

(1) في /أ: (كذبه).

(2) في /أ: (قد راجعها).

(3) على الصحيح. وهو قول المزني.
وقيل: تصدق المرأة.
انظر: مختصر المزني / 196، وروضة الطالبين 8/ 224، وبحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 87 ـ أ، ونهاية المطلب خ. ج 7 ورقة: 118 ـ أ.

(4) في /أ: (ههنا).

(5) في /أ: (إذا قال).

(6) في /ج: (وأما).

(7) (الفرق بينهما قلنا والفرق) ساقط من /ج.

(8) أي ولم ينسند الانقضاء.

(9) في /أ: (إن عدتها أعلمتني).

(10) في /أ: (ذلك الظاهر له فليس).

وقد حكى أبو يعقوب البويطي[1] عن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ قولاً آخر في المسألة الأولى: أن لا رجعة له[2] بعد ما قال: أعلمتني أن عدتها قد انقضت وإن قالت: لم تنقض عدتي[3]. وعلة هذا القول مؤاخذته بظاهر إقراره، وما يندرج[4] تحت ذلك الظاهر من قطع حقه بقوله[5].

مسألة (542): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو قالت: قد انقضت عدتي، وقال الزوج: قد انقضت عدتها، ثم قالت[6]: كذبت لم يكن له عليها رجعة، [وكذلك أيضاً لو صدقها بانقضاء العدة، ثم كذبها لم يكن له عليها رجعة»[7]][8].

وقال ـ رحمه الله في رواية / المزني[9] ـ: «لو قال: ارتجعتك اليوم، وقالت: **(241/أ)** انقضت عدتي قبل رجعتك صدقتها[10]، إلا أن تقر بعد ذلك، فتكون كمن جحد حقاً، ثم أقر به»[11].

فقبل قولها[12] وإن تناقضت المقالتان الصادرتان[13] من جهتها، بخلاف المسألة الأولى.

---

(1) راجع التعريف به في جا ص 135.
(2) انظر: مختصر البويطي. خ. ورقة: 99 ـ ب.
(3) في /أ: (وعلمه).
(4) في /أ، ج: (ومما يندرج) ولعل الصواب ما أثبت.
(5) انظر: المصدر السابق.
(6) في /أ: (ثم قال).
(7) انظر: الأم 5/ 246-247.
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(9) في /أ: (وقال الشافعي في رواية المزني).
(10) في /أ: (وصدقها).
(11) مختصر المزني / 196، وانظر: نهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 119 ـ ب.
(12) قبل قولها في دعوى انقضاء العدة، وقبل إقرارها في ذلك.
(13) في /أ: (الصادر).

والفرق بينهما: أنا لم نجد منه[1] في المسألة الأولى ظاهر رجعة، إنما راجعها بعدما أقرت بانقضاء العدة وكذبت نفسها، فإذا سبق ظاهر الانقضاء[2]، ثم أنشأ الرجعة كانت الرجعة باطلة.

فأما إذا سبق منه دعوى الرجعة، ثم صدر من جهتها دعوى انقضاء العدة، فالظاهر حكم الرجعة التي سبق فيها دعواه، غير أنها مقبولة القول بانقضاء العدة، فاختل ذلك الظاهر بقولها، فلما قالت[3]: كذبت، جعلها الشافعي[4] ـ رحمه الله ـ كمن جحد حقاً، ثم أقر به؛ لأن الرجعة على حسب دعواه حق له في الظاهر.

مشكل[5]:

فإن قال قائل: كيف تستقيم مسألة المزني، وقد سبق منه[6] دعوى الرجعة، والظاهر بقاء العدة، ثم صدر من جهتها دعوى انقضاء العدة، فهلا جعلتم الأصل بقاء الرجعة؟.

قلنا: صورة مسألة الشافعي ـ رحمه الله ـ في حكاية المزني: أن يكونا متصادقين[7] على أن عدتها قد انقضت اليوم ضحوة، وهو يدعي رجعتها بكرة، وهي تقول: إنما راجعتني[8] عشية؛ فلذلك جعلنا القول قولها؛ لأنا لم نسمع دعوى الزوج الرجعة إلا بعد زمان تصادقا على أن العدة منقضية فيه، فإذا كانت الصورة على الضد كان الجواب ـ أيضاً ـ على الضد. مثل: أن يتصادقا على أن الرجعة[9] حصلت بكرة، لكنها قالت ـ وقت[10] الظهر ـ: انقضت عدتي مع

(1) (منه) ساقط من / ج.
(2) في / أ: (فإذا سبق منه دعوى الرجعة).
(3) في / أ: (كما لو قالت).
(4) في / ج: (قال الشافعي).
(5) (مشكل) ساقط من / أ.
(6) في / ج: (من جهته).
(7) في / ج: (صادقين).
(8) في / أ: (أنها راجعني).
(9) في / أ: (العدة).
(10) في / ج: (لكنها في وقت).

السحر، وهو يقول: بل خاتمة عدتك مع الزوال، فالرجعة صحيحة؛ لأن الأصل بقاء العدة، وهما متصادقان على زمان الرجعة، وما سمعناها قبل ذلك تدعي انقضاء العدة[1].

مسألة (543): إذا ادعى رجل نكاح أمة، فأقرت بذلك[2]، ومولاها يكذبها لم يقبل قولها مع تكذيب المولى إياها[3].

وقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في الرجعة: «لو كانت زوجته أمة، فصدقته[4] كانت، كالحرة[5] في جميع أمرها، ولو كذبها مولاها لم أقبل قوله»[6] يعني: قول المولى[7].

والفرق / بين النكاح والرجعة: أن الأمة إذا أقرت على نفسها بابتداء النكاح، **(241/ب)** والسيد يكذبها، فقد أقرت على السيد بما لم يسبق من السيد فيه إقرار والتزام؛ فلذلك لا يقبل قولها عليه.

فأما[8] إذا أقرت بالرجعة، فقد أقرت بحق ثابت في الظاهر يستند ثبوته إلى رضا السيد، والتزامه وإيجابه في ملكه، فاعتبرنا قولها، ولم نعتبر قوله.

وهذا معنى تعليل الشافعي ـ رحمه الله ـ في هذه المسألة، حيث قال: «والتحليل بالرجعة والتحريم بالطلاق فيها ولها»[9].

---

(1) على أصح الأوجه.
الوجه الثاني: القول قول المرأة.
الوجه الثالث: أن القول قول السابق بالدعوى.
انظر: روضة الطالبين 8/ 223، 224، ومغني المحتاج 3/ 341، ونهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 118 ـ ب.

(2) (بذلك) ساقط من / ج.

(3) انظر: مغني المحتاج 3/ 148، ونهاية المحتاج 6/ 226-227.

(4) في / ج: (فصدقت).

(5) في / ج: (الحرة).

(6) انظر: الأم 5/ 247، وبحر المذهب. خ. ج 14 ورقة: 88 ـ ب.

(7) في / أ: (أعني قول المزني).

(8) في / ج: (وأما).

(9) انظر: الأم 5/ 247.

وقريب من هذا ما نقول في جانب المملوك إذا أراد أن يتزوج، فلا بد من رضا السيد، فإذا رضي السيد، فتزوج، ثم طلق، فلا حاجة إلى رضا السيد في المراجعة[1] إذا أراد العبد المراجعة[2].

مسألة (544): الرجعة في حال ردتها باطلة، سواء طلقها مسلمة، ثم ارتدت، أو طلقها مرتدة[3]، والرجعة في حال إحرامها صحيحة[4]، وإن كانت محرمة الوطء في الحالتين[5].

والفرق بين المسألتين: أن الارتداد سبب الانفساخ.

ألا ترى: أنها لو لم ترجع إلى الإسلام حتى انقضت عدتها من وقت ردتها بان أن النكاح كان مفسوخاً من وقت الارتداد؛ فلذلك حكمنا بالبطلان أي[6]: بطلان الرجعة إذا صادفت حالة الارتداد.

فأما الإحرام فلا تأثير له في فسخ النكاح ورفعه، وإن كان مؤثراً في تحريم الوطء ومنعه.

---

(1) في /أ: (في الرجعة).

(2) على الصحيح، إذ يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.
انظر: مغني المحتاج 3/ 336، وروضة الطالبين 8/ 215، ونهاية المحتاج 7/ 57.

(3) نص عليه الشافعي. ـ وقال المزني: «الرجعة موقوفة، فإن جمعهما الإسلام قبل انقضاء العدة علمنا أنها رجعة، وإن لم يجمعهما الإسلام قبل انقضاء العدة علمنا أنه لا رجعة».
أ. هـ. مختصر المزني / 196.
قال إمام الحرمين: «لم أر أحداً من أصحابنا يعد اختيار المزني في هذه المسألة قولاً معدوداً من المذهب مخرجاً، وما ذكره متجه على القياس جداً». أ. هـ. نهاية المطلب. خ. جـ 7 ورقة: 121.
وانظر: روضة الطالبين 8/ 217، والمعاياة. خ. ورقة: 130 ـ أ ـ ب.

(4) في /أ: (صحيح).
وانظر: الأم 5/ 178، والقواعد للحصني القسم الأول 2/ 660، والمجموع 7/ 285.

(5) في /أ: (في الحالين).

(6) (بالبطلان أي) ساقط من /جـ.

فإذا راجعها صحت المراجعة[1]، ولو نكحها محرمة كان النكاح باطلاً[2].

والفرق[3]: أن النكاح ابتداء عقد تملك[4]، وهي ما دامت محرمة مشتغلة بعبادة تحرم الوطء ودواعيه، كالمعتدة، فأما المراجعة فليست بعقد مستأنف لاستحلال مستأنف[5]، ولكن قصد بها[6] استيفاء العقد واستدراكه[7].

ولذلك قلنا: يجوز للعبد أن يراجع امرأته بغير إذن السيد[8]، وليس له أن ينكح إلا بإذنه[9]، ويجوز لزوج الأمة مراجعتها بغير إذن سيدها[10]، ولا يجوز ابتداء نكاحها إلا بإذن السيد[11].

وقريب من هذه المسألة ما نقول في التحليل للزوج الأول: أنه لا يستفاد بالإصابة في حالة الارتداد، ويستفاد بالإصابة في حالة الإحرام، فإذا أصابها الزوج الثاني[12] مرتدة ولم يحصل بينهما إصابة سوى هذه الإصابة[13] كانت محرمة على الزوج الأول، كما كانت[14]، وإذا أصابها الزوج الثاني وهي محرمة، أو

---

(1) انظر هذا الفرق بين المسألتين في: الوسائل في فروق المسائل. خ. ورقة: 96 ـ ب، والمعاياة. خ. ورقة: 130 ـ ب.

(2) انظر: الأم 5/ 178، والمجموع 7/ 284.

(3) في /أ: (مسألة).

(4) في /أ: (وتملك).

(5) (لاستحلال مستأنف) ساقط من /أ.

(6) في /أ: (تصديقها).

(7) في /أ: (واشتراكه).

(8) سبق. راجع ص: 264 هامش 7.

(9) انظر: روضة الطالبين 7/ 101، ومغني المحتاج 3/ 171.

(10) انظر: روضة الطالبين 8/ 217.

(11) انظر: روضة الطالبين 7/ 101، ومغني المحتاج 3/ 171.

(12) (الثاني) ساقط من /ج.

(13) (الإصابة) ساقط من /أ.

(14) وقال صاحب التلخيص: إن رجع المرتد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة أباحها للأول، وإن لم يرجع لم تحل للأول. وما ذكره المؤلف نص عليه الشافعي وهو الصواب وبه قطع جماهير الأصحاب، كما قال النووي.
انظر: مختصر المزني / 197، وروضة الطالبين 7/ 126، والتلخيص. خ. ورقة: 80 ـ أ.

(242/أ) صائمة/ ، أو حائضاً، أو نفساء فالإصابة حرام، وقد حلت بها[1] للزوج الأول[2]، لأن الإحرام ما[3] أخل بالملك ولا قدح فيه، وإنما منع الوطء إلى أن ينقضي[4] الإحرام، والردة أوقعت خللاً في الملك، وذلك الخلل قد يتحقق ويتكامل[5]، وشرط الإصابة المبيحة للزوج الأول وجودها في الملك التام[6].

ولأجل هذا المعنى قلنا: الإصابة في النكاح [الفاسد لا يبيحها للزوج الأول[7]، بخلاف الإصابة في النكاح][8] الصحيح، وإن كنا نعطي النكاح الفاسد حكم النكاح الصحيح في إيجاب العدة، وإثبات النسب، وإلزام المهر[9]، فلا يتعلق بها[10] حكم التحليل؛ لحصول[11] الإصابة حراماً بعلة[12] عدم الملك.

فإن قال قائل: هلا وقفتم الرجعة في حال الردة على عاقبة العدة حتى تحكموا بصحتها إن عاودت الإسلام؟ كما حكمتم بوقف الطلاق في هذه الحالة، ثم إذا عاودت الإسلام في العدة حكمتم[13] بوقوع ذلك الطلاق، وإن[14] أصرت حتى

---

(1) (بها) ساقط من / أ.
(2) انظر: الأم 5/ 249، ومختصر المزني / 197، وروضة الطالبين 7/ 126.
(3) (ما) ساقط من / أ.
(4) في / أ: (إلا أن ينقضي).
(5) إذا انقضت العدة ولم يرجع المرتد إلى الإسلام.
(6) انظر: بحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 92 ـ أ، ومغني المحتاج 3/ 182.
(7) وهو المذهب.
وقيل: يكفي الوطء في نكاح فاسد. وهو ضعيف.
انظر: مختصر المزني / 197، وروضة الطالبين 7/ 124، ومغني المحتاج 3/ 182.
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(9) انظر الأحكام التي تترتب على الوطء في النكاح الفاسد في: المواكب العلية / 50-51، والمنثور في القواعد 3/ 329-330، والأشباه والنظائر للسيوطي / 272، ومغني المحتاج 3/ 384.
(10) في / أ: (مما).
(11) في / ج: (بحصول).
(12) في / أ: (فعله).
(13) في / أ: (إذا عاودت الإسلام كما حكمتم).
(14) في / أ: (فان).

انقضت العدة ألغيتم الطلاق[1]، فاحكموا بمثل هذا الحكم في وقف الرجعة، واحكموا بمثل ذلك في وقف التحليل للزوج الأول.

قلنا: لا سبيل لنا في الرجعة إلى الوقف[2]؛ لأنها عقد من العقود فيها مشابهة النكاح، والنكاح[3] لا يقبل الوقف، فكذلك الرجعة مثله[4].

وأما الطلاق، فلا ينافيه الوقف والجهالة والخطر والغرر؛ ولذلك نقول: لو أسلمت الأمة، والزوج، وتحته حرة متخلفة واختار إمساك الأمة ـ وهو عادم للطول[5] خائف من[6] العنت، ثم تخلفت الحرة حتى انقضت العدة، لم يصح ذلك الاختيار السابق[7]، لأن الاختيار شبه المراجعة، والمراجعة بمعزل عن الوقف، فكذلك[8] الاختيار[9].

وإذا جوزنا وقف العقود ـ وهو قول قديم[10] منصوص في الجديد[11] أيضاً ـ حكمنا بوقف الرجعة وألحقناها بالنكاح.

(1) انظر: روضة الطالبين 7/ 142، ومغني المحتاج 3/ 190.
(2) في /أ: (التوقف) ومكررة.
(3) (والنكاح) ساقط من /ج.
(4) (مثله) ساقط من /أ.
وانظر: الأم 5/ 245، وروضة الطالبين 8/ 216، والأشباه والنظائر للسيوطي / 376.
(5) في /أ: (الطول).
(6) (من) ساقط من /أ.
(7) انظر: مغني المحتاج 3/ 198، وقليوبي وعميرة 3/ 259.
(8) في /أ: (وكذلك).
(9) لا يقبل الوقف.
انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 376، والمنثور في القواعد 1/ 373.
(10) (قول قديم) ساقط من /أ.
(11) نص عليه في مختصر البويطي وهو من كتب الشافعي الجديدة قطعاً، قال البويطي: «وإذا غصب عبداً فأعتقه، ثم أجازه السيد لم يجز؛ لأنه أعتقه من لم يملك، وإجازة السيد إياه شيء لم يجز إلا أن يجدد السيد عتقاً، وإن صح حديث عروة البارقي فكل من باع أو أعتق ثم رضي فالبيع والعتق جائز» أ. هـ. مختصر البويطي. خ. ورقة: 34 أ ـ ب.
قال الحصني في القواعد ـ بعدما نقل نص البويطي ـ: «ومقتضاه أن يكون له في الجديد قول بوقف تصرفات الفضولي؛ لأن حديث عروة صحيح رواه البخاري وغيره» أ. هـ. القواعد للحصني القسم الأخير 2/ 675، وانظر: المجموع 9/ 259.

مسألة (545): المطلقة ثلاثاً إذا نكحها زوج، وباشرها فيما دون الفرج، فسبق الماء إلى الرحم، أو استدخلت ماءه، أو أتاها في غير المأتى[1]، ثم طلقها، فشرعت في العدة[2]، فواقعها[3] في عدتها لم تحل بهذه الإصابة للزوج الأول[4].

(242/ب) وإن كانت الرجعية، / كالمنكوحة في الميراث والإيلاء والظهار وإلزام عدة الوفاة بالوفاة[5]، ولو أنها أصيبت بالشبهة قبل إصابة الزوج الثاني، فشرعت في عدة الشبهة، فتعدى زوجها، فأصابها في هذه العدة حلت بهذه الإصابة للزوج الأول[6].

والفرق بين المسألتين: أنها في عدة الشبهة باقية على الملك الكامل؛ لأن نكاح الزوج الثاني لم ينثلم وملكه لم يزل، وإنما حرم الوطء لمكان العدة العارضة، كما يحرم الوطء بالإحرام العارض[7].

فأما إذا طلقها طلقة رجعية، ثم أصابها، فقد أصابها وهي جارية في زمان البينونة.

ألا ترى أنه لو كف عن الرجعة حتى انقضت العدة صارت بائنة بسبب الطلاق السابق مع انقضاء عدتها[8].

---

(1) في / أ: (الماتا).

(2) (العدة) ساقط من / أ.

(3) في / أ: (واقعها).

(4) انظر: روضة الطالبين 7/ 126، ومغني المحتاج 3/ 182، ونهاية المحتاج 6/ 281.

(5) (بالوفاة) ساقط من / أ.
وانظر الأحكام السابقة في: روضة الطالبين 8/ 222، ومغني المحتاج 3/ 340.

(6) على الأصح.
انظر: روضة الطالبين 7/ 126، ومغني المحتاج 3/ 182.

(7) انظر: كفاية الأخيار 1/ 142، والتنبيه / 72.

(8) لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْاْ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٢٣٢﴾﴾ البقرة.
فلو كان حق الرجعة باقياً لما كان يباح لهن النكاح.
وانظر: مغني المحتاج 3/ 337، ونهاية المحتاج 7/ 60.

مسألة (546): إذا طلق الرجل امرأته، ثم اختلفا في الإصابة، فادعى الزوج الرجعة[1] بدعوى الإصابة، وأنكرت المرأة الإصابة، فقد نص الشافعي - رحمه الله - على أن القول قوله، وأن له الرجعة، فجعل القول قول من يثبت الوطء، لا قول من ينفيه[2].

وإن ادعت المرأة الإصابة لتستكمل المهر وأنكرها الزوج، فقد نص الشافعي - رحمه الله - على أن القول قول من ينفي الإصابة، لا قول من يثبتها، ولم يوجب على الزوج أكثر من نصف المهر إذا حلف[3].

والفرق بين المسألتين: أن الرجل إذا ادعى بقاء الرجعة بدعوى الإصابة فإنه يدعي استبقاء النكاح، وهي تدعي انقطاعه، والأصل بقاؤه فجعلنا القول قوله[4] مع يمينه ليستبقي ملكه ويستوفي حقه.

ألا ترى أن امرأة العنين لو خالفته في حصول الإصابة والزوج يدعي حصولها[5]، فالقول قول الزوج؛ لأن[6] الأصل[7] بقاء نكاحه، وهي تدعي رفعه

---

(1) في /أ: (والرجعة).

(2) قال في الأم - في باب «الوقت الذي تكون له الرجعة بقوله -: «وإذا اختلفا في الوطء، فالقول قول الزوج؛ لأنه يؤخذ منه فضل الصداق» أ. هـ. الأم 5/ 247.

(3) قال في الأم: «ولو أقر بالخلوة بها فقال: لم أصبها، وقالت: أصابني - ولا ولد - فالقول قوله مع يمينه إذا جعلته إذا طلق لا يلزمه إلا نصف الصداق، إلا أن يصيب وهي مدعية بالإصابة عليه نصف الصداق لا يجب إلا بالإصابة فالقول قوله فيما يدعي عليه مع يمينه وعليها البينة، فإن جاءت ببينة بأنه أقر باصابتها أخذته بالصداق كله» أ. هـ. الأم 5/ 215.

قال إمام الحرمين في النهاية: «ذكر الشافعي أن الزوج والزوجة إذا اختلفا في الإصابة فالقول قول من ينفيها إلا في مسائل. . . . » أ. هـ. نهاية المطلب. خ. جـ 7. ورقة: 226 - أ، وانظر: مختصر المزني / 219، وأدب القاضي لابن القاص 2/ 468.

(4) في /أ: (قول).

(5) في /أ: (حصونها).

(6) (لأن) ساقط من /أ.

(7) في /أ: (لأصل).

وفسخه[1]، وكذلك المولي من امرأته إذا اختلفا في الإصابة فالقول قول الزوج: إن الإصابة حاصلة[2]، فيبقى النكاح بينهما.

فأما المسألة الثانية فإنهما فيها متصادقان على أن[3] النكاح في الحال منقطع بالطلاق، وإنما يتنازعان في المهر وكماله، والأصل عدم الإصابة، والزوج مسلط على إسقاط النصف بالطلاق؛ فلذلك جعلنا القول قوله مع يمينه[4].

فإن حلف فأعطيناها نصف المسمى، فمضى خمسة أشهر، فولدت ألحقنا الولد به[5]، وأكملنا لها المهر، وجعلنا القول قولها حينئذٍ ولولا/ الولد لما نقضنا الحكم السابق[6]. (243/أ)

والفرق بين الحالتين[7]: أنها إذا ولدت ولداً بان لنا صدقها[8] وكذبه بهذا الولد المولود وحكمنا حينئذٍ بأنه أصابها؛ فلذلك تم مهرها.

فإن قال قائل: يحتمل أنها استدخلت ماءه فحبلت من غير إصابة كانت بينهما، فكيف أكملت المهر؟.

فعنه جوابان:

أحدهما: أن الظاهر أولى بالاعتبار من الباطن، والظاهر أن الولد من الإصابة[9]، وإن كان يحتمل أن يحدث من الاستدخال[10]، [والثاني: قال بعض

(1) انظر: الأم 5/ 40، ومختصر المزني / 178، ومغني المحتاج 3/ 342.
(2) انظر: الأم 5/ 276، ومختصر المزني / 200، ومغني المحتاج 3/ 342.
(3) (أن) ساقط من / ج.
(4) (مع يمينه) ساقط من / ج.
(5) في / ج: (فولدت ولداً ألحقناه به).
(6) انظر: الأم 5/ 215، ومختصر المزني / 219، ونهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 226 ـ أ، والمطلب العالي. خ. ج 19. ورقة: 27 ـ أ.
(7) في / أ: (بين المسألتين).
(8) في / أ: (صداقها).
(9) في / أ: (عن الإصابة).
(10) في / أ: (أن الولد يحدث عن الاستدخال).

أصحابنا أن الاستدخال][1] كالإصابة في إكمال المهر[2]، كما كان[3]، كالإصابة[4] في إيجاب العدة[5]، ولم يختلفوا أنه ليس كالإصابة في التحليل للزوج الأول[6].

والفرق بين الحكمين: أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ علق[7] التحليل بذوق العسيلة، فقال[8]: لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك[9]. وهذا المعنى غير[10] موجود في الاستدخال.

فأما العدة فإنها للاستبراء، وفي الاستدخال ما يحوج[11] إلى الاستبراء، إذ لا

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(2) وممن قال بذلك: أبو زيد المروزي. وهذا أحد الوجهين في المسألة ووجهه: أن الرحم مشغول بمائه.
الوجه الثاني: أنه لا يكمل به المهر؛ لأنه طلقها قبل الوطء في الفرج وهو الصحيح.
انظر: حلية العلماء 6/ 460-461، والمطلب العالي. خ. ج 109. ورقة: 27 ـ ب، 105 ـ أ، وكفاية النبيه. خ. ج 9. ورقة 87 ـ ب، والشرح الكبير 2/ 130، والمجموع 2/ 151.

(3) في /أ، ج: (كانت)، والصواب ما أثبت؛ لأن الضمير يعود إلى الاستدخال وهو مذكر.

(4) في /أ: (الاصابة).

(5) انظر: روضة الطالبين 8/ 365، ومغني المحتاج 3/ 384.

(6) تقدم. انظر ص: 282.

(7) في /أ: (علل).

(8) في /أ: (قال).

(9) أخرج البخاري ومسلم عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: «إن رفاعة القرظي تزوج امرأة، ثم طلقها فتزوجت آخر، فأتت النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فذكرت له أنه لا يأتيها وأنه ليس معه إلا مثل هُدْبَة، فقال: لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك».
أخرجه البخاري ـ واللفظ له ـ في كتاب «اللعان» باب «إذا طلقها ثلاثاً، ثم تزوجت بعد العدة زوجاً غيره فلم يمسها» حديث (61)، ومسلم في كتاب «النكاح» باب «لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها، ثم يفارقها وتنقضي عدتها» حديث (1433).

(10) (غير) ساقط من /ج.

(11) في /أ: (ما يخرج).

فرق بين اشتمال الرحم على ما يستودع [بالإصابة، وبين اشتمالها[1] على ما يستودع][2] بالاستدخال.

ولا يبعد كمال المهر بالاستدخال أيضاً؛ لأنها صارت صائنة لمائه برحمها، إذا استدخلت ماءه[3].

وأما الحد فلا يتعلق بالاستدخال؛ لأن اسم الزنا لا ينطلق عليه[4]. والاحتياط أن تغتسل إذا استدخلت[5].



(1) أي اشتمال الرحم. والرحم: مؤنث. وقيل مذكر. وهو الأكثر في القرابة.
انظر: الصحاح 5/ 1929، والمصباح المنير / 223.

(2) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.

(3) (ماءه) ساقط من / أ.

(4) انظر: المهذب 2/ 267.

(5) وقال أبو زيد المروزي: يلزمها الغسل، وهو شاذ كما قال النووي. والصواب الذي قطع به الجمهور: أنه لا يلزمها الغسل.
انظر: روضة الطالبين 1/ 85، والشرح الكبير 2/ 130، والمجموع 2/ 151.

كتاب الإيلاء

مسألة (547): إذا قال الرجل لامرأته: إن قربتك فعبدي حر عن ظهاري إن تظاهرت[1]، ثم أعتق الغلام عن ظهاره، ثم تظاهر لم ينصرف ذلك العتق إلى كفارة الظهار[2].

ولو قال رجل لامرأته: إذا دخلت الدار[3] فأنت عليَّ كظهر أمي، ثم أعتق عبداً عن الظهار، ثم دخلت الدار صار مظاهراً على الحقيقة وأجزأه عتق ذلك العبد عن الظهار[4].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا قال: إن قربتك فغلامي حر عن ظهاري إن تظاهرت، [فهو[5] في الحال ما نجز ظهاراً[6] ولا علقه، ألا ترى أنه قال[7]:

---

(1) في /أ: (ان تظهرت).

(2) قال الجرجاني في المعاياة: «تقدير الكلام: إن أصبتك وتظاهرت فعبدي حر عن ظهاري.
فعتق العبد معلق بصفتين:
أحدهما: الإصابة.
والثانية: الظهار.
والإيلاء معلق على صفة واحدة وهي: وجود الظهار، فإذا وجد الظهار صار مؤلياً «المعاياة». أ. هـ. خ. ورقة: 134 ـ أ ـ ب.
وهذه المسألة تفريع على القول الجديد وهو: أن الإيلاء لا يختص باليمين بالله تعالى وصفاته.
وانظر: روضة الطالبين 8/ 232-233، ومغني المحتاج 3/ 347.

(3) في /أ: (إن دخلت الدار).

(4) هذا قول ابن الحداد، وخالفه الجمهور، وقالوا لا يجزئه؛ لأنه تقديم على السببين فلم يصح كتقديم الزكاة على الحول والنصاب، وكفارة اليمين على اليمين.
انظر: روضة الطالبين 8/ 277، ومغني المحتاج 3/ 359.

(5) في /أ: (فهي) والصواب ما أثبت.

(6) في /أ: (ظاهراً) والصواب ما أثبت.

(7) في /أ: (إن قال) والصواب ما أثبت.

فغلامي حر عن ظهاري][1] إن تظاهرت[2]، ولم يتظاهر فصار العتق متقدماً[3] على الظهار وعلى جميع أسبابه[4]، فمنزلته[5] منزلة من كفر عن اليمين قبل عقد اليمين، ومنزلة من عجل الزكاة قبل النصاب والحول جميعاً[6]، وإذا قال: إن دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي فقد صار في الحال معلقاً للظهار بدخول الدار، ومعلق الظهار مظاهر في اللفظ وإن لم يتحقق وجود/ الصفة كما أن معلق الطلاق مطلق إلا أن (243/ب) الرجل لو قال لامرأته: إذا دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي، ثم قال لغلامه: إذا تظاهرت من امرأتي فأنت حر، فدخلت المرأة الدار[7] صار مظاهراً وما عتق عبده[8]، بخلاف ما لو تقدم[9] تعليق العتق بالظهار وتأخر[10] تعليق الظهار، فلما جعلناه في حكم المظاهر بالظهار المعلق جاز له في هذا الوقت أن يعتق عبداً عن ظهاره، كما جاز تقديم الزكاة بعد وجود النصاب وقبل كمال الحول، وتعجيل كفارة اليمين بعد وجود اليمين وقبل تحقق[11] الحنث[12].

مسألة (548): إذا قال الرجل المظاهر[13] لامرأته: إن جامعتك فلله عليَّ أن أعتق

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(2) (ظهاري) ساقط من / أ، ولا يستقيم الكلام إلا بها.
(3) في / أ: (مقدماً).
(4) (أسبابه) ساقط من / أ.
(5) في / أ: (ومنزلته) وجاءت مكررة فيها.
(6) وذلك لا يصح.
انظر: روضة الطالبين 8/ 277، ومغني المحتاج 3/ 359، والأشباه والنظائر للسيوطي / 402-403.
(7) (الدار) ساقط من / أ.
(8) وهذا على قول الجمهور.
وعلى قول ابن الحداد: يصير مظاهراً ويعتق العبد.
انظر: روضة الطالبين 8/ 278.
(9) في / أ: (نقد).
(10) في / ج: (وأخر).
(11) في / أ: (حقيقة).
(12) انظر: المنثور في القواعد 1/ 390، والأشباه والنظائر للسيوطي / 402-403.
(13) (المظاهر) ساقط من / أ.

عبدي سالماً عن ظهاري صار مؤلياً، وهي المسألة[1] التي غلط المزني فيها فقال: لا يصير مؤلياً، حكاه عن الشافعي ـ رحمه الله ـ فأخطأ في الحكاية[2].

ولو قال المظاهر لامرأته: إن جامعتك فلله عليَّ أن أصوم المحرم وصفر عن ظهاري وهو فقير لم يصر مؤلياً بهذه اليمين[3].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا عين عبدا[4] بالعتق اختص ذلك العبد من بين[5] سائر العبيد بالاستحقاق، ولولا ذلك لما أقرعنا بين العبيد إذا ضاق الثلث عن العتق الموصى به[6]، فلما كان العبد يتعين بالتعيين، ووجدناه[7] قد التزم تعيين عبد[8] لعتق الظهار إن جامع، فيلزمه بالجماع أمر، والمولي[9] من يلتزم بالجماع[10] أمراً[11].

---

(1) في / أ: (وعن المسألة).

(2) قال الروياني: «ومن أصحابنا من تعصب للمزني، وقال: هذا النقل صحيح، وإنما نقله عن القديم: أنه لا يكون مؤلياً بغير اليمين بالله تعالى، وهذا ليس بشيء، لأن الشافعي لم يذكر هذه المسألة في القديم أصلاً». أ. هـ.
بحر المذهب. خ. جـ 14. ورقة: 105 ـ أ ـ ب، وانظر: الأم 5/ 268، ومختصر المزني / 198، ونهاية المطلب. خ. جـ 7 ورقة: 132 ـ ب.

(3) انظر: مختصر المزني / 198، ونهاية المطلب. خ. جـ 7 ورقة: 130 ـ ب.

(4) في / جـ: (أنه أعتق عبداً).

(5) (بين) ساقط من / أ.

(6) انظر: القواعد للحصني القسم الأخير 2/ 907، وقواعد الأحكام 1/ 77-78.

(7) في / أ: (ووجدنا).

(8) في / أ: (عبدا).

(9) في / جـ: (فيلزمه الجماع أمر الولي والموالي).

(10) في / أ: (الجماع).

(11) هذا على القول الجديد أن الإيلاء لا يختص باليمين بالله تعالى وصفاته، فإذا قال: إن وطئتك، فعلي صوم، أو صلاة، أو حج، أو فعبدي حر ونحو ذلك كان مؤلياً، وشرط انعقاده بهذه الالتزامات أن يلزمه شيء لو وطىء بعد أربعة أشهر، فلو كانت اليمين تنحل قبل مجاوزة أربعة أشهر لم تنعقد، فلو قال: إن وطئتك فعلي أن أصلي هذا الشهر، أو أصومه، أو أصوم الشهر الفلاني وهو ينقضي قبل مجاوزة أربعة أشهر من حين اليمين لم ينعقد الإيلاء.
انظر: روضة الطالبين 8/ 230-231، وكفاية الأخيار 2/ 68-69.

فأما تعيين الشهرين للصوم، فلا معنى فيه، إذ لا فرق بين أن يصوم ـ عن الظهار ـ هذين الشهرين، وبين أن يصوم غير[1] هذين الشهرين[2]، وإذا لم يكن ملتزماً أمراً[3] بالجماع لو جامع لم يتحقق له وصف الإيلاء[4] فيفهم.

مسألة (549): المولي من يلتزم[5] بالجماع بعد أربعة أشهر أمراً[6]، إلا في مسألة مخصوصة لا نجعله مولياً إلا بأن يمضي بعد اليمين خمسة أشهر، ثم يصير موقوفاً مطالباً بالفيئة، أو بالطلاق، وهي إذا قال: إذا جامعتك، فغلامي حر قبل جماعي إياك بشهر[7].

وإنما فصلنا بين هذه المسألة وبين سائر المسائل؛ لأنه في هذه المسألة لو جامعها عقيب الشهر الرابع لم يلتزم بالجماع شيئاً يكون لزومه عقيب أربعة أشهر، بل يكون[8] لزومه بعد ثلاثة أشهر، فإذا[9] تربصنا به خمسة أشهر عرفنا أنه لو جامعها

---

(1) في /أ: (عن).

(2) (الشهرين) ساقط من ج.

وهذا إذا سبق لزوم في الذمة غير مرتبط بتعيين، ثم صرفه بالتزام مبتدأ إلى معين، كما صور المؤلف. أما إذا اقترن الإلتزام والتعيين، كما لو قال: علي أن أصوم اليوم الفلاني، فالصوم يلزمه والمذهب أنه يتعين اليوم الذي عينه.

انظر: نهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 130 ـ ب.

(3) في /ج: (أمر).

(4) وذكر الروياني الفرق بين تعيين العبد في العتق وعدم تعيين اليوم في الصيام فقال: «إن الصوم إذا كان في الذمة لا يمكن تعلقه بالعين؛ لأنه لا حق لعين اليوم فيه، وللعبد حق في العتق، فجاز أن يتعين فيه بتعيينه، وأيضاً تعلق العتق بعين العبد آكد من تعلق الصوم بعين اليوم. ألا ترى: أنه إذا قال: لله علي أن أصوم يوم كذا وفات ذلك اليوم صام في غيره، ولو عين العتق في عبد بعينه، فمات العبد لا يلزمه أن يعتق غيره». أ. هـ.

بحر المذهب. خ. ج .14 ورقة: 105 ـ ب.

(5) في /أ: (المولي لم يلتزم).

(6) سبق بيان ذلك في ص: 289 هامش: 11.

(7) انظر: روضة الطالبين 8/ 231، ومغني المحتاج 3/ 348-349.

(8) في /ج: (بأن يكون).

(9) في /أ: (فإن).

الآن التزم عتق غلامه[1] عقيب أربعة أشهر؛ فلذلك باينت[2] هذه المسألة سائر المسائل التي فيها لزوم أمر على غير هذه الجهة.

مسألة(550): إذا قال الرجل لأربع نسوة: / والله لا أجامع[3] واحدة منكن - (244/أ) ومراده واحدة بعينها ـ صار مولياً منها في الحال[4]، فإن أراد جميعهن بهذا الكلام، فعلى قولين:

أحدهما: أنه في الحال مولي من جميعهن.

والثاني: أنه[5] لا يصير مولياً حتى يجامع ثلاثاً منهن، فحينئذٍ يصير مولياً من الرابعة[6].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا عين واحدة بقلبه التزم بجماعها أمراً لو جامعها، وإن لم يجامع غيرها، فأما في المسألة الثانية فإنه لا يلتزم أمراً بجماع الأولى، ولا بجماع الثانية، ولا بالثالثة، لأن الحنث موقوف على جماعهن جميعاً، فإذا لم يبق سوى الرابعة[7] صارت موصوفة بأنه لو جامعها التزم موجب اليمين؛ فلذلك فصلنا بين المسألتين.

مسألة (551): إذا قال الرجل لامرأتيه[8]: والله لا أجامع واحدة منكما ـ ومراده تعميمهما بالمضارة[9] ـ كان لهما بعد أربعة أشهر مرافعته ومخاصمته حتى

---

(1) في /أ: (عبد).
(2) في /أ: (بانت).
(3) في /أ: (لا أجامعك).
(4) (في الحال) ساقط من /ج.
وانظر: روضة الطالبين 8/ 239، ومغني المحتاج 3/ 348، والمعاياة. خ. ورقة: 132.
(5) (أنه) ساقط من /أ.
(6) والمذهب القول الثاني.
انظر: روضة الطالبين 8/ 237-238، ومغني المحتاج 3/ 347، والسلسلة. خ. ورقة: 125 ـ ب، 126 ـ أ، والتلخيص. خ. ورقة: 81 ـ ب.
(7) في /أ: (فإذا لم ينو الرابعة).
(8) في /أ، ج: (لامرأته) ولعل الصواب ما أثبت.
(9) في /أ: (في المضاررة).

يطلق، أو [1]يفيء[2]، وإن أراد بهذا اللفظ واحدة منهما بعينها، فمضى أربعة أشهر، فليس لواحدة منهما بعينها[3]، ولا لهما مرافعته ومخاصمته[4].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا أراد بهذا الخطاب كل واحدة منهما[5] فكل واحدة منهما[6] خصم وكل واحدة منهما مدعية.

فأما في الصورة الثانية، فالخصم إحداهما[7] وليست بمتعينة[8] [9]، ولا يسمع القاضي دعوى قط حتى يتعين المدعي.

ألا ترى أن رجلين لو حضراه فقالا: لأحدنا على هذا الرجل ألف دينار فدعواهما[10] غير مسموعة[11]، وكذلك نقول في جانب المدعى عليه، فلو

---

(1) في / ج: (حتى يطق أو نوى).

(2) أي أنه يكون مؤلياً منهما جميعاً.

قال النووي: ويشبه أن يقال: يكون مؤلياً من واحدة ويؤمر بالتعيين». أ. هـ. روضة الطالبين 8/ 237، وانظر: بحر المذهب. خ. ج 14 ورقة: 115 ـ أ.

(3) (بعينها) ساقط من / ج.

(4) على أحد الوجهين.

قال النووي: «قال ابن الصباغ: ومن الأصحاب من قال يكون مؤلياً منهما جميعاً، قال: وهذا أصح. ولم يفرق بين ما إذا عين واحدة بقلبه، وما إذا لم يعين، ولا وجه لكونه مؤلياً منهما مع تعيين واحدة بقلبه بحال». أ. هـ.

روضة الطالبين 8/ 236-237، وانظر: نهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 139 ـ أ ـ ب، وبحر المذهب. خ. ج 14 ورقة: 114 ـ ب.

(5) (منهما) ساقط من / أ.

(6) (منهما) ساقط من / ج.

(7) في / أ: (فأما في الصورة في الخصم أحدهما).

(8) في / أ: (بمعيته).

(9) أي: وليست بمتعينة في الظاهر.

(10) في / ج: (فدعوا).

(11) انظر: روضة الطالبين 8/ 236، ونهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 139 ـ أ، وبحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 114 ـ ب.

قال[1] : لي على أحد هذين الرجلين ألف درهم لم يسمع القاضي دعواه[2] . فإذا كانت المدعية غير متعينة[3] لم يكن لواحدة منهما أن تخاصمه حتى تتبين من عين[4] وأراد.

وغلط بعض أصحابنا في هذه المسألة الثانية فقال: تسمع دعواهما ويقال له: طلق التي آليت منها، أو جامعها، فإن امتنع قال القاضي: طلقت عليك التي آليت منها، ثم تكون منزلته بمنزلة من قال لامرأتيه: إحداكما طالق، فيؤمر ببيان المطلقة[5] ، وهذا غير مستقيم لما قدمنا من الأصل في اشتراط[6] تعيين المدعى عليه.

مسألة (552): إذا قال الرجل لامرأته[7] : والله لا أصبتك هذا[8] العام إلا مرة، ففيها قولان:

أحدهما: أنه صار مولياً في الحال.

والثاني: أنه لا يصير مولياً في الحال، / ولكن إذا[9] أصابها مرة وقد بقي من العام أكثر من أربعة أشهر [صار مولياً حينئذٍ، وإن بقي أقل من أربعة أشهر][10] لم **(244/ب)**

---

(1) في /ج: (فقال).

(2) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي 2/ 507-512، والمراجع السابقة.

(3) في /أ: (غير معينة).

(4) (من عين) ساقط من /أ.

(5) وهذا قول ابن الحداد. قال النووي: «وقال كثير من الأصحاب: قول ابن الحداد، صحيح، لحصول الضرر، فلا سبيل إلى إهمال الواقعة، ولا إلى طلاق معينة». أ. هـ. روضة الطالبين 8/ 236، وانظر: نهاية المطلب. خ. ج 7 ورقة: 139 ـ أ ـ ب، وبحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 115 ـ أ.

(6) في /أ: (واشتراط).

(7) (لامرأته) ساقط من /أ.

(8) في /أ: (في هذا).

(9) (إذا) ساقط من /ج.

(10) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.

يكن مولياً[1].

[فأما إذا قال: إن أصبتك فوالله لا أصبتك، فلا يكون مولياً][2] قولاً واحداً هذا هو الصحيح[3].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا قال: والله لا أصبتك هذا العام[4] إلا مرة، فقد عقد في الحال يمين الامتناع عن الجماع، فجاز له أن يجعله على أحد القولين مولياً.

فأما إذا قال: إن أصبتك فوالله لا أصبتك، فإنه لا ينعقد في الحال يمين الامتناع[5] من الجماع، ولكن جعلها[6] يميناً منتظرة مؤخرة معلقة بالإصابة، إن وجدت[7] الإصابة، ومن أصحابنا من ألحق الثانية بالأولى في دعوى القولين[8].

مسألة (553): إذا آلى وزوجته مملوكة[9] فانقضت[10] مدة الإيلاء فرضيت[11] باحتمال الضرر ومصابرة الزوج فليس لسيدها[12] طلب[13]

---

(1) والقول الثاني هو الجديد.
انظر: روضة الطالبين 8/ 241، ومغني المحتاج 3/ 348.

(2) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(3) هذا تعليق منه للإيلاء بالوطئة الأولى، وما ذكره المؤلف هو المذهب.
انظر: روضة الطالبين 8/ 241، وبحر المذهب. خ. ج 14 ورقة: 107 ـ أ، ونهاية المطلب. خ. ج 7 ورقة: 134 ـ ب.

(4) في / أ: (في العام).

(5) في / أ: (يميناً للامتناع).

(6) في / ج: (جعل).

(7) في / أ: (وإن وجدت).

(8) وهو قول ابن الحداد.
انظر: بحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 107 ـ أ.

(9) في / ج: (ومملوكته).

(10) في / أ: (وانقضت).

(11) في / ج: (فرضت).

(12) في / أ: (للسيدها).

(13) (طلب) ساقط من / ج.

الطلاق[1]، ولو أعسر الرجل[2] بمهرها ـ وقلنا: للحرة الفسخ عند إعسار الزوج بالصداق[3] ـ فلسيد الأمة في هذه المسألة الفسخ[4].

والفرق بينهما: أن الإصابة محض حقها، فأما المهر فمحض حقه ولا حق لها فيه، ولا يتصور منها إسقاطه بالإبراء.

ولو أعسر بنفقتها فالخيار لها، لا لسيدها[5].

والفرق[6] بين نفقتها ومهرها: أنها هي المستحقة المستمتعة بالنفقة دون سيدها[7].

ألا ترى أنها إذا قبضت نفقة يومها من الزوج فأراد السيد أن يأخذ[8] منها فليس له ذلك[9]. فيقال لها: إن نفقتك ما دمت منكوحة على زوجك، وليس للسيد فسخ نكاحك بعذر النفقة، فإن شئت أن تتوجه النفقة على السيد فافسخي النكاح بينكما[10]، لتعود النفقة، وإن لم تفعلي فالسيد غير مطالب، وقد أتيت من جهة نفسك.

---

(1) انظر: روضة الطالبين 8/ 254، ومغني المحتاج 3/ 350.

(2) (الرجل) ساقط من / أ.

(3) والمذهب أنه يثبت الفسخ إن كان قبل الدخول، ولا يثبت بعده.
انظر: روضة الطالبين 9/ 75، ومغني المحتاج 3/ 444.

(4) قال النووي: «وقيل ليس له الفسخ، وهو غلط». أ. هـ.
روضة الطالبين 9/ 80، وانظر: مغني المحتاج 3/ 446.

(5) وليس للسيد منعها من الفسخ.
انظر: روضة الطالبين 9/ 79، ومغني المحتاج 3/ 446.

(6) في / أ: (وفرق).

(7) في / أ: (أنها هي المستمتعة بالنفقة المستحقة دون سيدها).

(8) في / أ: (أن يأخذها).

(9) **فإن قيل**: كيف لا يأخذ وهي لا تملك بل هو المالك؟ فيقال: إن نفقتها واجبة على السيد، ثم انتقلت بعد الزواج إلى الزوج، وهي بحكم هذا النكاح مأذون لها في القبض، وبالعرف في تناول المقبوض، فلها أن تتعلق بالمأخوذ ولا تسلم إلى السيد حتى تأخذ بدله، فللسيد حق الملك ولها حق التوثق.
انظر: روضة الطالبين 9/ 80، ومغني المحتاج 3/ 446.

(10) في / ج: (بينهما).

مسألة (554): إذا آلى الرجل من امرأته وهي عند الإيلاء مضناة[1] بمرض، بحيث لا يقدر على وطئها فالمدة غير محسوبة على الزوج؛ لأنه غير متمكن منها[2]، ولو آلى منها وهي في الحيض، أو في النفاس فالمدة محسوبة[3].

والفرق بينهما: أن الحيض والنفاس خلقة في النساء والمرأة لا تكاد تخلو عن هذه الصفة؛ فلذلك حسبنا زمانها في مدة الإيلاء، فأما الضنا المانع من الوطء[4] فليس ذلك خلقة فيهن، وإنما هو عارض، ربما يكون وربما[5] لا يكون، فصار من هذا الوجه كالنشوز، ولو آلى[6]/ من ناشزة كان زمان النشوز غير محسوب عليه (245/أ) إلى أن تعود إلى طاعته فيستأنف[7] الاحتساب[8].

فإن قال قائل: النشوز جناية منها، فلا يبعد أن لا تحتسب المدة. فأما المرض والضنا فليس ذلك من جهتها، ولا بسببها، فكيف يجوز أن لا تحتسب المدة عليه؟.

قلنا: إن الإصابة[9] إذا تعذرت بالمرض، كتعذرها[10] بالنشوز استويا[11] في الحكم، ألا ترى أن المجنونة إذا نشزت[12] كالعاقلة الناشزة في سقوط النفقة، وإن

---

(1) سبق تعريف الضنى في جا ص 196.
انظر: القسم الأول من الكتاب 1/ 251.
(2) انظر: روضة الطالبين 8/ 252-253، ومغني المحتاج 3/ 349.
(3) قطعاً في الحيض، أما النفاس: فعلى الأصح.
والوجه الآخر: أن النفاس يمنع ضرب المدة.
انظر المرجعين السابقين.
(4) في /أ: (عن الوطء).
(5) (يكون وربما) ساقط من /أ.
(6) في /أ: (والوالي).
(7) في /أ: (فليستأنف).
(8) انظر: روضة الطالبين 8/ 252-253، ومغني المحتاج 3/ 349.
(9) في /ج: (لأن الاصابة).
(10) في /أ: (كعذرها).
(11) في /أ: (فقد استويا).
(12) في /أ:(المناشزة).

افترقتا[1] في نسبة الظلم والعدوان[2]، وكذلك لو سافرت المرأة في شغلها وحاجتها بإذن زوجها سقطت نفقتها[3]، كما تسقط بنشوزها، وهي عاصية في حال غير عاصية في حال.

مسألة (555): إذا آلى منها وهي غير ناشزة، فمضى بعض[4] المدة المحسوبة[5] عليه، فنشزت شهراً، أو شهرين وتعذر الوطء، فقد نص الشافعي على أن المدة التي[6] امتنع الوطء فيها غير محسوبة على الزوج[7]، فإذا زال النشوز وعاودت الطاعة، فقد قال بعض أصحابنا: يستأنف أربعة أشهر، ولا يبني المدة على المدة[8].

واتفقوا أن المعتدة إذا أصيبت بالشبهة، فحبلت بعد قرء مضى[9] ووضعت حمل وطء[10] الشبهة، فعاودت[11] العدة[12] بنت بقية العدة فتأتي

(1) في /أ: (وإن فرقنا).

(2) وإنما لم يفرق بينهما في سقوط النفقة؛ لاستوائهما في التفويت على الزوج.
انظر: روضة الطالبين 9/ 58-59، ومغني المحتاج 3/ 436.

(3) انظر: روضة الطالبين 9/ 60، ومغني المحتاج 3/ 437.

(4) في /أ: (بعد).

(5) في /أ: (محسوبة).

(6) في /أ: (الذي).

(7) قال في الأم: «وإذا كان منع الجماع من قبلها في الأربعة أشهر بشيء تحدثه غير الحيض الذي خلقه الله عز وجل فيها، ثم أبيح الجماع من قبلها أجل من يوم أبيح أربعة أشهر، كما جعل الله تبارك وتعالى له أربعة أشهر متتابعة، فإذا لم تكمل له حتى يمضي حكمها استؤنفت له متتابعة كما جعلت له أولاً». الأم 5/ 272، 275.

(8) قال ذلك صاحب «التقريب» القاسم بن القفال الكبير، وهو الصحيح الذي قطع به الجمهور.
وقيل: يبني.
انظر: روضة الطالبين 8/ 253، وبحر المذهب. خ. ج 14 ورقة: 121 ـ ب.

(9) في /أ: (ومضى).

(10) (وطء) ساقط من / ج.

(11) في /أ: (وعاودت).

(12) أي فعاودت عدة الطلاق قبل وطء الشبهة.

بقرءين[1]، وذلك قرءان على ما سبق من القرء[2].

والفرق بين المسألتين: أن المقصود من العدة معنيان، **أحدهما**: العبادة، **والثاني**: طلب البراءة، والمعنيان يحصلان ببناء المدة[3] على المدة، كما يحصلان بالمدة المتصلة.

فأما مدة الإيلاء، ففيها وصف مشروط وهو: أن تتحقق المضارة بامتناعه[4] أربعة أشهر[5] عن الإصابة بيمين واحدة[6]، فيتم بهذه المدة قصد المضارة[7]؛ **ولذلك قلنا**: لو قال لها: والله لا أجامعك ثلاثة أشهر، ثم إذا[8] مضى الشهر الرابع فوالله لا أجامعك ثلاثة أشهر لم يكن مؤلياً[9]، وكذلك لو وصل الثلاثة بالثلاثة، فقال: والله لا أجامعك ثلاثة أشهر، ثم إذا مضت هذه المدة فوالله لا أجامعك ثلاثة أشهر لم يصر مؤلياً[10]، حتى يوجد ما ذكرنا من الشرط[11].

ولو قال: والله لا أجامعك أربعة أشهر، ثم والله لا أجامعك أربعة أشهر، فكذلك الجواب: لم يكن مؤلياً[12]، حتى تكون مدة الامتناع في اليمين الواحدة زائدة على أربعة أشهر ولو ساعة لطيفة، وإنما يتوقف الحكم على زيادة الساعة؛ لأن زمان الوقف يكون بعد المدة، والمولي من يلتزم بعد/أربعة أشهر بالجماع[13] (245/ب)

(1) (فتأتي بقرءين) ساقط من /أ.
(2) انظر: روضة الطالبين 8/ 387، وبحر المذهب. خ. ج 14 ورقة: 121 ـ ب.
(3) في /أ: (مدة).
(4) في /أ: (أن يتحقق امتناعه).
(5) في /ج: (اسر).
(6) انظر: مغني المحتاج 3/ 343، ونهاية المحتاج 7/ 68-69.
(7) في /أ: (المضاررة).
(8) (إذا) ساقط من /أ.
(9) انظر: بحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 99 ـ ب.
(10) انظر: المرجع السابق.
(11) في /أ: (من الشروط).
(12) في /أ: (موجب).
وانظر: روضة الطالبين 8/ 246، ومغني المحتاج 3/ 344.
(13) (بالجماع) ساقط من /أ.

شيئاً، ويكون ذلك الالتزام عقيب المدة فإذا[1] عقد اليمين على أربعة أشهر من غير زيادة انقضت اليمين بانقضاء المدة، فلا يتصور الحنث والالتزام، وكذلك لو زادت المدة بساعة، أو بيوم[2]، فلم يتفق الوقف والمطالبة حتى مضت تلك الزيادة سقط الإيلاء.

ولذلك قلنا: إذا قال: والله لا أجامعك في هذه السنة إلا مرة، فجامعها وقد بقي من السنة مقدار[3] أربعة أشهر وأقل خرج[4] عن الإيلاء وعن عهدة اليمين؛ لأن بقية السنة[5] لو عقد الإيلاء عليها لم يكن مؤلياً[6].

مسألة (556): الحيض المعترض في أثناء مدة الإيلاء خلاف[7] النشوز المعترض في احتساب زمانهما[8]، فإن زمان النشوز غير محتسب[9]، وزمان الحيض محتسب[10]، فأما إذا اعترضا عقيب المدة، فهما سواء في تأخير الوقف[11].

والفرق بين الحالتين: أن النشوز إذا اعترض على أثناء المدة فقد تعذرت[12] الإصابة بالامتناع[13] من جهتها، فكان زمان التعذر مختزلاً غير محسوب عليه في

---

(1) في / أ: (إذا).
(2) في / أ: (أو يوم).
(3) (مقدار) ساقط من / أ.
(4) في / أ: (فرجع).
(5) في / ج: (لأنه بقية مدة).
(6) انظر: روضة الطالبين 8/ 241، ومغني المحتاج 3/ 348.
(7) في / أ: (على أثنا المدة محتسب بخلاف).
(8) في / ج: (زمانها).
(9) في / ج: (مختزل).
وسبقت المسألة في ص: 297.
(10) انظر: روضة الطالبين 8/ 253، ومغني المحتاج 3/ 349.
(11) انظر: روضة الطالبين 8/ 254، ومغني المحتاج 3/ 350.
(12) في / أ: (تعذر).
(13) في / ج: (بامتناع).

المدة، فأما الحيض فخلقة وجبلة فيهن يتكرر وجوده منهن[1]، كما كان يتكرر في صلب النكاح وهو متمكن[2] من الاستمتاع بما دون الفرج وإن كان ممنوعاً عن الوطء؛ فلذلك فصلنا بينهما إذا اعترضا في خلال المدة[3].

فأما إذا انقضت المدة ودخل زمان الوقف فحقها[4] مطالبة الزوج بالوطء أو بالطلاق[5]، وتعذر الوطء بالحيض، كتعذره بالنشوز فلا يتصور مطالبته وهي[6] حائض، فلا بد[7] أن يتراخى زمان الوقف إلى أن يقدر على الإصابة.

وكذلك لو انقضت المدة فأحرمت بحج، أو عمرة فلم يأمرها بإحلال[8] كان إحرامها في هذا الوقت كنشوزها؛ لأن الإصابة متعذرة بسبب الإحرام، كما تكون متعذرة[9] بسبب النشوز[10].

مسألة (557): إذا انقضت المدة وهي مضناة لا يقدر على جماعها، فليس عليه أن يفيء فيّء[11] المعذور[12].

---

(1) (منهن) ساقط من /ج.

(2) في /أ: (وهو مكن).

(3) في /ج: (في خلال المدة أو بالطلاق).

(4) (فحقها) ساقط من /أ.

(5) لظاهر قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ البقرة.
وانظر: مغني المحتاج 3/ 349، ونهاية المحتاج 7/ 78.

(6) في /أ: (وهو).

(7) في /أ: (ولا بد).

(8) له أن يأمرها بالإحلال إذا أحرمت بغير إذنه.
انظر: المجموع 8/ 330-333، وروضة الطالبين 3/ 179.

(9) في /أ: (كما يكون تعذره).

(10) انظر: روضة الطالبين 8/ 254، ومغني المحتاج 3/ 350.

(11) في /أ: (فليس عليه فية).

(12) انظر: روضة الطالبين 8/ 254، ومغني المحتاج 3/ 350.

ولو كان الرجل مريضاً لا يقدر على جماعها[1] كان عليه أن يفيء فيّء[2] معذور، وفيّء[3] المعذور أن يقول بلسانه[4]: فئت، فإذا[5] قدرت جامعت[6].

وإنما فصلنا بين الحالتين: لأن المرض إذا كان فيها، فالمعنى المانع غير موجود في جانبه، وإنما وجد في جانبها، ولو تمكن من الجماع لجامعها. فلا وجه لمطالبته[7] بالاقتدار وفيّء[8] المعذورين.

وأما[9] إذا كان الزوج مريضاً، فالمعنى المانع موجود فيه واليمين صادرة من جهته، فإذا عجز عن المنتهى[10] ـ وهو الإصابة ـ كلفناه فيء[11] المعذورين/ ، **(246/أ)** وكذلك المحبوس يفيّء فيء المعذور[12].

نكتة[13]: وأعلم أن الزوج متى ما صار[14] مطالباً بفيّء[15] معذور، فامتنع لزمه أن يطلق، أو يطلق عليه السلطان، كالممتنع عن الجماع[16] حين يقدر على الجماع[17].

---

(1) في /أ: (جميعها).
(2) في /أ: (كان عليه فيه).
(3) في /أ: (وفية).
(4) في /أ: (باللسان).
(5) في /أ: (وإذا).
(6) انظر المرجعين السابقين.
(7) في /ج: (لمطالبتها).
(8) في /أ: (وفيه).
(9) في /ج: (ففأما).
(10) أي المنتهى عنه.
(11) في /أ: (فيه).
(12) في /أ: (فية معذورة).
وانظر: روضة الطالبين 8/ 254، والمهذب 2/ 110.
(13) (نكتة) ساقط من /ج.
(14) في /أ: (ما أصاب).
(15) في /أ: (بفية).
(16) في /أ: (كما يمتنع عن الجماع).
(17) انظر: روضة الطالبين 8/ 255، ومغني المحتاج 3/ 351.

مسألة (558): إذا انقضت المدة والرجل محرم[1]، أو أحرم عقيب انقضائها، فلها أن لا ترضى بفيء[2] معذور[3]، وليس كالمريض، أو كالغائب[4]، أو كالمحبوس[5] [6].

وذلك: أن المحرم غير عاجز عن الجماع مشاهدة، وإنما تمنعه العبادة التي شرع فيها، وهو عالم بأن حقها يتوجه عليه بالإيلاء، إذا انقضت المدة، فلا عذر له في خوف فساد العبادة، ومن ضيق الأمر على نفسه ضاق عليه بتضييقه[7].

ألا ترى: أن المولي لو ظاهر لما انقضت المدة[8] وهو معسر لا يجد رقبة يعتقها فاستمهل[9] شهرين ليصوم كفارة الظهار[10] كان لها أن لا تمهله[11] وتطالبه بالطلاق؛ لأنه ضيق على نفسه[12]، فكذلك المحرم المولي يقال له: إن لم تجامعها طلقناها عليك[13]، وإن جامعتها عصيت ربك والذنب لك فيما صنعت[14].

---

(1) (محرم) ساقط من / أ.
(2) في / أ: (بفية).
(3) وقيل: يطالب بالطلاق. وهو المذهب.
وقيل: يقتنع منه بفيئه معذور.
انظر: روضة الطالبين 8/ 254-255، والمهذب 2/ 111، ومغني المحتاج 3/ 350.
(4) في / أ: (ولا كالغائب).
(5) في / أ: (ولا كالمجنون).
(6) ففيئتهم فيئة معذور.
انظر: روضة الطالبين 8/ 254، والمهذب 2/ 110.
(7) ذكر الزركشي هذه القاعدة بصيغة الاستفهام فقال: «ما وسعه الشرع فضيقه المكلف على نفسه هل يتضيق فيه خلاف». أ. هـ. المنثور في القواعد 3/ 158.
وأشار النووي إلى هذه القاعدة في الروضة، وكذلك إمام الحرمين في نهاية المطلب.
انظر: روضة الطالبين 8/ 255، ونهاية المطلب. خ. ج 7 ورقة: 145 ـ ب، 146 ـ أ.
(8) في / أ: (العدة).
(9) في / ج: (فاستمل).
(10) في / أ: (الظهارة).
(11) في / أ: (كان له أن تمهله).
(12) انظر: روضة الطالبين 8/ 255، ومغني المحتاج 3/ 351.
(13) في / أ: (إن لم يجامع وإلا طلقها أو طلقناها عليك).
(14) انظر: روضة الطالبين 8/ 255، ومغني المحتاج 3/ 350.

مسألة (559): الحرة والأمة سواء في مدة الإيلاء، وكذلك الحر والعبد[1]، وإن كانتا[2] في العدة مفترقتين[3]، وكانا في عدد الطلاق مفترقين[4].

وإنما افترقا في العدة واستويا في هذه[5] المدة، لأن العدة مع مقصود البراءة تشتمل على معنى العبادة، والمفاضلة في العبادة بين الأحرار والعبيد غير مستنكرة[6].

فأما مدة الإيلاء، فليست[7] بعبادة، ولا فيها شوب[8] عبادة، ولكنها مدة مضروبة لاستبانة قصد المضارة[9]، والمرأة إنما تصبر عن الرجل[10] أربعة أشهر هكذا قالت حفصة[11] ـ رضي الله عنها ـ حين سألها عمر ـ رضي الله عنهما ـ:

---

(1) فيمهل المولي منها أربعة أشهر لقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾﴾ البقرة.
وانظر: روضة الطالبين 8/ 251، ومغني المحتاج 3/ 348.

(2) في / أ: (وإن كانا).

(3) في / أ، ج: (مفترقين) والصواب ما أثبت.

(4) فعدة الأمة نصف عدة الحرة فيما له نصف وذلك الشهور، وأما الحيض، فلا يعرف له نصف، فتكون عدتها فيه أقرب الأشياء من النصف إذا لم يسقط من النصف شيء، وذلك حيضتان. أما الطلاق، فيملك الحر ثلاث طلقات والعبد لا يملك إلا طلقتين.
انظر: الأم 5/ 216، ومختصر المزني / 220، وروضة الطالبين 8/ 71، 368.

(5) (هذه) ساقط من / ج.

(6) في / أ: (مستبعد).

(7) في / أ: (فليس).

(8) في / أ: (سورة).

(9) في / أ: (المضاررة).

(10) في / ج: (على الرجل).

(11) هي حفصة بنت عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنهما ـ أم المؤمنين، وأمها وأم أخيها عبدالله ابن عمر زينب بنت مظعون أخت عثمان بن مظعون تزوجها رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ سنة ثلاث من الهجرة عند الأكثرين، وقيل سنة اثنتين، كانت قبل رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ تحت خنيس بن حذافة السهمي، هاجرت معه إلى المدينة، فتوفي عنها بعد بدر. طلقها النبي صلى الله عليه وسلم، ثم راجعها بأمر من جبريل ـ عليه السلام ـ قال: إنها صوامة قوامة وزوجتك في الجنة، توفيت في شعبان سنة خمس وأربعين وهي بنت ستين. وقيل: سنة إحدى وأربعين، قال ابن كثير: والأول أصح.
انظر: أسد الغابة 5/ 425، والبداية والنهاية 8/ 31، وتهذيب الأسماء واللغات2/ 338، وشذرات الذهب 1/ 52.

كم[1] تصبر المرأة[2] عن الرجل[3]، فإذا مضت هذه المدة تحققت منه المضارة[4]، وما رجع[5] إلى خلقة النفوس وطباعها من العطش والجوع، والصحة والسقم، والقوة والضعف، فذلك لا يختلف بالرق والحرية؛ فلذلك سوينا بينهما في منتهى المدة.

ولهذه النكتة سوينا بين الحر العنين والعبد العنين فضربنا لكل واحد منهما مدة واحدة وهي: سنة كاملة[6] لما كان متعلقاً بأوصاف النفس في الخلقة[7].

وأيضاً فإن الحرة بالحرية تكون مفضلة على المملوكة[8] وفي زيادة عدتها زيادة عبادتها، وذلك لفضيلتها، ولو جعلنا مدة الأمة في الإيلاء شهرين لفضلناها على الحرة؛ لأنها[9] حينئذٍ تطلب حقها من الإصابة قبل أن تطلب الحرة، ففي[10] نقصان مدتها تفضيلها، وفي نقصان عدتها تفضيل الحرة عليها.

---

(1) في /أ: (كما).

(2) (المرأة) ساقط من /أ.

(3) الأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب «السير» 9/ 29.
ولفظه: خرج عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ من الليل، فسمع امرأة تقول:
تطاول هذا الليل وأسود جانبه وأرقني أن لا حبيب ألاعبه
فقال عمر بن الخطاب لحفصة بنت عمر ـ رضي الله عنها ـ كم أكثر ما تصبر المرأة عن زوجها فقالت: ستة أو أربعة أشهر، فقال عمر ـ رضي الله عنه ـ: لا أحبس الجيش أكثر من هذا.
وانظر: تلخيص الحبير 3/ 220.

(4) في /أ: (المضاررة).

(5) في /أ: (وما يرجع).

(6) في /أ: (واحدة).

(7) انظر: روضة الطالبين 7/ 198، ومغني المحتاج 3/ 206.

(8) في /أ: (على المملوك).

(9) في /أ: (فإنها).

(10) في /ج: (وفي).

مسألة (560): امرأة المولي إذا استدخلت الذكر[1] منه وهو نائم، ثم جامعها بعد ذلك / لزمته الكفارة[2]. (246/ب)

ولو أن الزوج[3] صار مجنوناً، فجامعها في حال الجنون[4]، ثم أفاق فجامعها، فقد اختلف أصحابنا في إيجاب الكفارة عليه[5]، فإذا قلنا: لا تلزمه الكفارة[6].

والفرق بين المسألتين: أن المجنون[7] إذا جامع فقد انتسب الفعل إليه، فإذا[8] كان مجنوناً لم[9] تلزمه الكفارة حينئذٍ بذلك الفعل، بسقوط التكليف عنه، فانحلت اليمين، فلم تلزمه الكفارة بالجماع الثاني في زمن[10] الإفاقة، فأما إذا استدخلت ذكره[11] وهو نائم فلا يمكن نسبة الفعل إليه بحال، فإن الفعل موجود منها فلم يصلح الاستدخال لحل اليمين، فبقيت يمينه معقودة[12]، كما

---

(1) في / ج: (ذلك).

(2) وهي كفارة اليمين المبينة في قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ ۖ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ۚ ذَٰلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ۚ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ ۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ (٨٩)﴾ المائدة.
وانظر: روضة الطالبين 8/257، ومغني المحتاج 3/350.

(3) في / أ: (الرجل).

(4) في / ج: (في حال جنونه).

(5) (عليه) ساقط من / ج.

(6) هذا أحد القولين. وقال عنه الروياني: إنه ليس بشيء.
القول الثاني: تلزمه الكفارة.
انظر: بحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 124 ـ ب، 125 ـ أ ـ ب، ونهاية المطلب. خ. ج 7 ورقة: 144 ـ ب.

(7) في / أ: (إن الجنون).

(8) في / أ: (فإن).

(9) في / أ: (فلم).

(10) في / ج: (بالجماع الثاني زمان).

(11) في / ج: (ذلك منه).

(12) في / ج: (مقصودة).

كانت، فإذا[1] جامعها من بعد انحلت[2] يمينه حينئذٍ ولزمته الكفارة.

ومعلوم[3] أن الحالف بالطلاق إذا وجد منه صفة[4] الحنث بين النكاحين، فانحلت يمينه لم يتصور منه فعل تنحل به يمينه ثانية[5] في النكاح الثاني[6]، وإنما يتوقف الانحلال إذا لم يتصور منه في زمان البينونة فعل يتعلق به انحلال اليمين[7].



(1) في / ج: (إذا).
(2) في / ج: (إن حلف).
(3) في / أ: (معلوم) بسقوط الواو قبلها.
(4) في / أ: (صفت).
(5) في / أ: (لم يتصور منه أن تنحل ثانية).
(6) إذا جدد النكاح.
(7) في / ج: (يمينه).

كتاب الظهار

مسألة (561): إذا ظاهر من امرأته، ثم قال لأخرى: أنت مثلها صار مظاهراً من الثانية في أحد القولين[1].

ولو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي، ثم قال لأخرى: أنت مثلها لم تصر مثلها قولاً واحداً[2].

والفرق بينهما: أنه إذا قال لها: أنت عليَّ كظهر أمي، فليست هذه اللفظة يمين، وإنما هي تنجيز ظهار، فصار كما لو نجز طلاق واحدة[3]، ثم قال للأخرى: أنت شريكتها - ونوى[4] طلاقاً - كان طلاقاً[5]، فكذلك إذا نجز الظهار، ثم شبه وشرك أخرى ونوى الظهار كان مظاهراً من الثانية.

---

(1) وهو الأصح.
والقولان ينبنيان على أصل وهو: أن الظهار هل يجري مجرى اليمين، أو مجرى الطلاق؟.
فعلى قولين:
أحدهما: أنه يجري مجرى اليمين، فعلى هذا القول لا تصير شريكتها؛ لأن الأيمان لا شركة فيها بحال.
الثاني: أن الظهار يجري مجرى الطلاق، وإن كان لا يقع به الطلاق فعلى هذا القول تصير الثانية شريكة الأولى، كما لو قال: أنت طالق، ثم قال لأخرى: أشركتك معها.
انظر: الأم 5/ 276، وروضة الطالبين 8/ 242، والسلسلة. خ. ورقة: 127 - أ، والوسائل في فروق المسائل. خ. ورقة: 112 - ب.

(2) لأن هذه يمين واليمين لا تقبل التشريك ولا تنعقد بالكناية، فإن عماد اليمين ذكر محلوف به وليس في لفظ الإشراك ذلك.
انظر: نهاية المطلب. خ. جـ7 ورقة: 98 - أ، 133 - ب، وبحر المذهب. خ. جـ14 ورقة: 105 - ب، 106 - أ، والسلسة. خ. ورقة: 127 - ب، وروضة الطالبين 8/ 242.

(3) في /أ: (الطلاق في واحدة).

(4) في /أ: (أو نوى).

(5) انظر: روضة الطالبين 8/ 90، ومغني المحتاج 3/ 299.

فأما إذا قال: إن دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي فهذه يمين[1]، واليمين لا تحتمل التشريك؛ ولذلك قلنا: متى قال لإحدى امرأتيه: والله لا أجامعك، ثم قال للأخرى[2]: أنت شريكتها لم يصر مؤلياً من الثانية وإن نوى الإيلاء؛ لأنها عقد يمين، فلا تحتمل[3] الشركة[4].

والقياس على هذا الأصل أن يقال: إذا قال لامرأته: [إذا جاء رأس الشهر فأنت عليَّ كظهر أمي، ثم قال][5] للأخرى: أنت مثلها ـ ونوى بذلك ظهاراً ـ أنه يصير مظاهراً[6] من الثانية إذا جاء رأس الشهر، كما يصير مظاهراً من الأولى[7].

[ولو قال: إن دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي، ثم قال لأخرى: أنت شريكتها كان مظاهراً من الأولى دون الثانية][8].

والفرق بين قوله: إن دخلت الدار، وبين قوله: إذا جاء رأس الشهر: أن أحدهما يمين والأخرى تأقيت[9]؛ ولذلك قال أبو العباس بن سريج: إذا قال لامرأته: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق [حنث ووقع طلاقه.

ولو قال بعد عقد يمينه: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق][10] لم يحنث ولم يقع

(1) في /أ: (اليمين).
(2) في /ج: (لأخرى).
(3) في /أ: (ولا تحتمل).
(4) انظر: روضة الطالبين 8/ 242، وبحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 105 ـ ب، 106 ـ أ، ونهاية المطلب. خ. ج 7 ورقة: 133 ـ ب.
(5) ما بين الحاصرتين مكرر في /أ.
(6) في /ج: (لم يصر مظاهراً).
(7) لأن قوله إذا جاء رأس الشهر ليست بيمين حتى لا تنعقد بالكناية ولا تقبل التشريك، بل هذا محض تعليق، وتعليق الظهار صحيح فإذا وجدت الصفة صار مظاهراً.
انظر: روضة الطالبين 8/ 167، 265، ومغني المحتاج 3/ 328، 354.
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(9) في /أ: (باقية).
(10) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

طلاقه؛ لأن ذلك ليس بحلف، ولا هو حقيقة اليمين[1]، وحقيقة اليمين[2] ما يقصد به منعاً، أو حثاً، أو تحقيقاً/ . (247/أ)

فالمنع أن يقول: إن دخلت الدار فأنت طالق، فهو بهذا الكلام يقصد منعها عن الدخول[3]، والحث أن يقول: إن لم تدخلي هذه[4] الدار فأنت طالق، يقصد[5] بهذا الكلام حثها، وتحريضها على الدخول، والتحقيق أن يقول: إن كنت فعلت كذا فأنت طالق، وقصده[6] بذلك تحقيق كلامه[7] وتصديق مقالته[8].

مسألة (562): إذا طلق امرأته طلاقاً رجعياً، ثم طلقها في العدة طلاقاً ثانياً حكمنا بوقوعه من غير وقف[9]، وإن ظاهر منها فظهاره موقوف، فإن راجعها لزمته الكفارة، وإن لم يراجعها فلا كفارة عليه[10].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا ظاهر منها فقد قصد بالظهار تحريماً لا زوال ملك فإن الظهار لا يتضمن زوال الملك، وهي بالطلاق السابق محرمة تحريم المبتوتة[11]، هذه عبارة الشافعي رحمه الله[12]، فإذا لم يراجعها فقد تركها على حرمة الطلاق حتى تمت البينونة وانسرحت[13] بانقضاء العدة فلا وجه لإيجاب الكفارة.

---

(1) (ولا هو حقيقة اليمين) ساقط من /أ.
وانظر: قول ابن سريج في نهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 97 ـ أ.
(2) في /أ: (وإنما حقيقة اليمين).
(3) في /أ: (من الدخول).
(4) في /أ: (هذا).
(5) في /ج: (فقصده).
(6) في /ج: (فقصده).
(7) (كلامه) ساقط من /ج.
(8) انظر: روضة الطالبين 8/ 167، ومغني المحتاج 3/ 328، ونهاية المحتاج 7/ 40.
(9) انظر: روضة الطالبين 8/ 222، ومغني المحتاج 3/ 340.
(10) انظر: الأم 5/ 279، ومختصر المزني / 204، وروضة الطالبين 8/ 28.
(11) في /أ: (البينونة).
(12) انظر: مختصر المزني / 196.
(13) في /أ: (واسرحت). وانسرحت: طلقت. من التسريح.
انظر: الصحاح 1/ 374، ولسان العرب 2/ 479.

فأما إذا راجعها فقد قصد استحلالها بالرجعة على حكم العقد الأول فصار عائداً فيما حرم الله تعالى بقوله: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ . . .﴾[1]، وقد وجد منه العود فيما حرم على نفسه حيث قصد رجعتها، وبذلك باينت الرجعية، لأن الزوجة[2] حلال في الحال[3]، فإذا ظاهر، ثم أمسك فقد قصد التحريم بالظهار، وتحقق العود في الحال فلزمته الكفارة.

فأما الطلاق عقيب الطلاق فإنه يتضمن إزالة الملك، وملكه على الطلقة الثانية والثالثة كان باقياً، وسلطان الإزالة قائم، كما أن سلطان الاستدراك بالرجعة قائم، فإذا نجز الإزالة نجزت، ولا وجه للوقف وانتظار المراجعة.

مسألة (563): إذا ظاهر الرجل من امرأته، ثم اشتغل عقيب الظهار باللعان؛ لقذف سابق، فلا كفارة عليه؛ لأن العود لم يتحقق[4].

ولو ظاهر من امرأته المملوكة، ثم اشتغل عقيب الظهار بشرائها لم تسقط كفارة الظهار في أحد الوجهين[5].

فإن قال قائل: اللعان فسخ وكذلك الشراء، فما الفرق بين المسألتين.؟

قلنا: إن اللعان فسخ وقطع للفراش[6]، وتحقيق للتحريم؛ لأن اللعان أشد[7]

---

(1) وتمام الآية: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣﴾ المجادلة.

(2) في /أ: (باينت الرجعية الزوجة لأن الزوجة).

(3) في /ج: (في الحلال).

(4) على الأصح.
وقيل: يكون عائداً.
انظر: مختصر المزني /204، وروضة الطالبين 8/ 270، ومغني المحتاج 3/ 356.

(5) في /أ: (في أحد القولين).
الوجه الثاني: أنه لا يكون عائداً.
وما ذكره المؤلف هو الأصح، وهو قول ابن الحداد.
انظر: روضة الطالبين 8/ 270، ومغني المحتاج 3/ 356.

(6) في /أ: (الفراش).

(7) في /أ: (أشر).

حرمة من / الطلاق، فإنه تتأبد حرمته[1]، وحرمة الطلاق غير مؤبدة، فإذا (247/ب) سقطت[2] الكفارة بأخف الحرمتين سقطت بأغلظهما.

فأما إذا اشتراها، فإنه بالشراء ينقلها من فراش استحلال إلى فراش استحلال، فلم يتحقق منه قصد التحريم بتبديل[3] جهة الاستحلال، كما تحقق منه هذا القصد[4] بتأبيد التحريم.

مسألة (564): إذا قال الرجل لامرأته: أنت عليَّ كظهر امرأة ولدي[5]، فقد قال كثير من أصحابنا: إنه غير مظاهر بحال[6].

ولو قال: أنت عليَّ كظهر امرأة والدي، وسبق نكاح والده ميلاد الولد المظاهر[7]، كان الولد مظاهراً[8] على القول الصحيح الذي يقول: إن الظهار غير مختص بذكر الأم[9].

والفرق بين المسألتين: أن الرجل إذا قال: أنت عليَّ كظهر امرأة والدي، فقد شبهها بامرأة ما زالت محرمة عليه من وقت ولادته إلى وقت ظهاره، ولا

---

(1) في / أ: (لأنه تأبيد حرمة).

(2) في / أ: (أسقطت).

(3) في / أ: (تبديل).

(4) في / أ: (هذا اللفظ).

(5) في / أ: (أمي ولدي).

(6) وهو المنصوص عليه.
انظر: الأم 5/ 278، وروضة الطالبين 8/ 264، وبحر المذهب. خ. ج 14 ورقة: 137 ـ أ.

(7) في / أ: (المتظاهر).

(8) في / ج: (مظاهر).

(9) وهو القول الجديد.
والقول: القديم أنه لا يكون مظاهراً إذا تعدى التشبيه بالأم.
انظر: الأم 5/ 278، وروضة الطالبين 8/ 264، والمهذب 2/ 112.

تزال محرمة [عليه أبداً[1]، فأشبه التشبيه بالأم، فإن الأم لم تزل محرمة، ولا تزال محرمة][2].

فأما إذا قال: أنت عليَّ كظهر امرأة ولدي، فقد شبهها بامرأة لم تكن محرمة عليه في زمان، وذلك قبل عقد الابن، ثم صارت[3] محرمة عليه بعقد الابن لما عقد[4]، ففارقت حرمة الأم، فإن هذه الحرمة المؤقتة[5] لا تتصور في الأمهات بحال.

مسألة (565): إذا قال لامرأته: أنت عليَّ حرام على قصد التحريم، لا على قصد الطلاق والظهار، فعليه كفارة يمين[6].

وإذا قال لها: أنت عليَّ كظهر أمي شهراً ـ وقلنا: إن الظهار المؤقت لا يكون ظهاراً وهو الصحيح[7] ـ ثم جامعها قبل انقضاء الشهر، فقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «عليه كفارة الظهار»[8]. وذلك من مشكلات المذهب؛ لأنه تحريم وليس بظهار، كالتحريم بلفظ التحريم.

---

(1) في /ج: (ولا تزال محرمة عليه من وقت ولادته أبداً).
(2) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(3) في /ج: (ثم صار).
(4) في /ج: (لما عقده).
(5) في /أ: (الموقه).
(6) انظر: الأم 7/ 157، ونهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 151 ـ ب، 152 ـ أ، وروضة الطالبين 8/ 28-29.
(7) وقيل: يصح مؤقتاً. وهو الأظهر عند النووي.
وقيل: يصح ظهاراً مؤبداً ويلغو تأقيته.
انظر: روضة الطالبين 8/ 273، ومغني المحتاج 3/ 357.
(8) انظر: الأم 7/ 159. وأوضح الروياني المسألة في البحر فقال: «فإذا قلنا: بهذا القول ـ يقصد القول بأن الظهار المؤقت لا يكون ظهاراً ـ فإن لم يطأها حتى انقضت المدة فلا كفارة، وإن وطئها في المدة. فيه وجهان:
أحدهما: يلزمه كفارة يمين على ظاهر ما قاله في هذا الموضع ـ يقصد المزني ـ ويصير بخروجه من الظهار محرماً لها بغير ظهار فتلزمه الكفارة، كالمؤلي منها، ثم وطيء.=

والفرق بينهما: أن كل واحد من هذين اللفظين أصل في باب الأصول لا يتداخل.

ألا ترى: أن لفظ الطلاق لا يصلح للظهار بحال، ولفظ الظهار لا يصلح للطلاق بحال[1]، ولفظ التحريم أصل في الكفارة، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَۚ﴾[2]، ثم قال: ﴿قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡۚ﴾[3] فأوجب كفارة يمين، وقال تعالى ـ في الظهار ـ: ﴿وَإِنَّهُمۡ لَيَقُولُونَ مُنكَرٗا مِّنَ ٱلۡقَوۡلِ وَزُورٗاۚ﴾[4]، ثم علق بهذا القول المنكر كفارة مخصوصة

= والثاني: وهو الأصح ـ لا كفارة عليه؛ لأن لفظ التحريم موجب للكفارة في الحال من غير أن يتعلق بالوطء، والإيلاء يمين، وهذا غير حالف، فيكون قول الشافعي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي، وهو ما ذكره المؤلف هنا ـ: عليه الكفارة محمولاً على أنه جمع بين الإيلاء وهذا الظهار، فعاد جوابه إلى الإيلاء دون الظهار، وهذا قول أبي الطيب بن سلمة، وقال الإمام أبو محمد الجويني: إلحاق الشافعي هذه المسألة باليمين وكفارتها يوهم أنه لو جامعها في الظهار المؤقت قبل انقضاء ذلك الوقت كانت كفارته كفارة يمين، وليس كذلك، بل كفارته كفارة ظهار، نص عليه الشافعي في غير هذا الموضع، وإنما ألزمناه كفارة الظهار كالمظاهر؛ لأنها وجبت بسبب لفظ الظهار والمنكر من القول والزور وإن لم نجعله في جميع أحكامه كالمظاهر». أ. هـ.

بحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 146 ـ ب، وانظر: مختصر المزني / 204.

(1) فإذا قال: أنت طالق ونوى به الظهار لم يكن ظهاراً، وإذا قال: أنت عليَّ كظهر أمي ونوى به الطلاق لم يكن طلاقاً؛ لأن كل واحد منهما صريح في موجبه في الزوجية، فلا ينصرف عن موجبه بالنية.

وهذا وفاء بالقاعدة القائلة: «إن اللفظ الصريح إذا وجد نفاذاً في موضعه لا ينصرف إلى غيره بالنية».

انظر: المهذب 2/ 112، ومغني المحتاج 3/ 355.

وانظر القاعدة في: روضة الطالبين 8/ 28، ومغني المحتاج 3/ 282.

(2) (تبتغي مرضات أزواجك) ساقط من / ج. وتمام الآية: ﴿وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ التحريم: آية (1).

(3) وتمام الآية: ﴿وَٱللَّهُ مَوۡلَىٰكُمۡۖ وَهُوَ ٱلۡعَلِيمُ ٱلۡحَكِيمُ﴾ التحريم: آية (2).

(4) قال تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمۡۖ إِنۡ أُمَّهَٰتُهُمۡ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدۡنَهُمۡۚ وَإِنَّهُمۡ لَيَقُولُونَ مُنكَرٗا مِّنَ ٱلۡقَوۡلِ وَزُورٗاۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٞ ٢﴾. المجادلة.

(248/أ) أغلظ من كفارة اليمين[1]، وهذا الرجل الذي ذكر الظهار المؤقت تلفظ / بذلك[2] الزور والمنكر[3]، وإن ذكر لفظ التأقيت[4]، ولم[5] يذكر لفظ التأبيد، ولم يطلق[6] اللفظ.

فإن قال قائل: فهلا جعلتموه مظاهراً، **كما لو قال:** أنت طالق شهراً جعلتموه مطلقاً[7]؟.

قلنا: الفرق بين المسألتين: إنه بالطلاق يقصد[8] إزالة الملك وما زال من ملك[9] النكاح عن عدد الطلاق فلا عود فيه.

فأما إذا ظاهر ووقت، فما أزال الملك فإن الظهار لا يتضمن زوال، الملك، إنما يتضمن قصد[10] تحريم الوطء، فعلق بلفظه هذا المقتضى، ثم انقسم القصد: فإن قصد[11] التحريم على جهة التأبيد استحق نهاية التغليظ[12] في التكفير[13]، وإذا لم

---

(1) في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٣﴾ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٤﴾﴾ المجادلة.

(2) في /ج: (للفظ بذكر).

(3) في /أ: (المنكر) بدون الواو قبلها.

(4) في /أ: (وإن ذلك التأقيت).

(5) في /ج: (لم) بدون الواو قبلها.

(6) في /أ: (ولم ينطلق).

(7) طلاقاً مؤبداً.

انظر: روضة الطالبين 8/ 127، 273، وبحر المذهب. خ. ج14. ورقة: 147 ـ أ، ونهاية المطلب. خ. ج 7. + ورقة: 60 ـ أ.

(8) في /أ: (قصد).

(9) في /أ: (من أملك).

(10) في /ج: (فقد).

(11) في /أ: (وإن قصد).

(12) في /ج: (التغلظ).

(13) في /أ: (في التفكير).

يبلغ نهاية القصد بتأبيد التحريم لم تتحقق له صفة المظاهرين، ولكنه[1] لم يخرج[2] عن جملة المظاهرين المتلفظين[3] بالمنكر والزور؛ فلذلك حكمنا بهذا الحكم.

مسألة (566): إذا قال لأربع نسوة أنتن عليَّ كظهر أمي كفته كفارة واحدة في أحد القولين[4].

ولو قال[5]: أنتن طوالق وقع[6] على كل واحدة منهن طلقة، وصار كما لو[7] أفرد كل واحدة منهن بلفظ الطلاق[8]، ولم يجعله في الظهار، كمن أفرد كل واحدة منهن بلفظ الظهار.

والفرق بينهما ما سبق في المسألة السابقة: أن لفظ الزور وما تلفظ به من المنكر

---

(1) (ولكنه) ساقط من /أ.

(2) في /أ: (فخرج).

(3) (المتلفظين) ساقط من /أ.

(4) وهو القول القديم.

والقول الجديد: عليه أربع كفارات.

وهذه المسألة تنبني على أصل سبق ذكره وهو أن الظهار ملحق باليمين أو بالطلاق؟.

فإن قلنا: ملحق بالطلاق، فتلزمه كفارات أربع، كما لو قال لهن أنتن طوالق لزمه طلاق الأربع.

وإن قلنا: إن الظهار ملحق باليمين، فالواجب عليه كفارة واحدة، كما لو حلف لا يطأهن، فإنه لا يلتزم بوطئهن إلا كفارة واحدة. قال إمام الحرمين: وهذا القول ضعيف وإن كان مشهوراً.

انظر: روضة الطالبين 8/ 275، والوجيز 2/ 80، ونهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 153 ـ ب، 154 ـ أ، والسلسلة. خ. ورقة: 127 ـ أ. وراجع ص: 307.

(5) في /ج: (وإذا قال).

(6) في /ج: (وقعت).

(7) في /أ: (كما إذا).

(8) انظر: روضة الطالبين 8/ 88، ومغني المحتاج 3/ 299، والوجيز 2/ 61.

معتبر في إيجاب الكفارة، ولم تتكرر[1] منه[2] اللفظة، وإنما تلفظ بها مرة واحدة، فاكتفينا منه بكفارة واحدة.

فأما الطلاق، فمبناه على غير هذا الأصل، وقوله: أنتن طوالق وصف كل واحدة منهن بصفة معلومة وهي زوال الملك عنها؛ فلذلك افترقت المسألتان.

مسألة (567): إذا أعتق عبداً بكماله نصفاً عن كفارة ظهار ونصفاً[3] عن كفارة قتل، فقد قال بعض أصحابنا: عتق[4] عتقاً[5] محسوباً عن الكفارتين كما نوى، حتى لو أعتق[6] عبداً آخر على مثل هذه الصفة أجزأته الكفارتان[7].

ولو أعتق من عبد مشترك نصفه عن كفارة، وهو معسر، ثم ملك نصفاً آخر من عبد، فأعتقه عن تلك الكفارة، وهو معسر، عتق النصفان ولم ينصرفا إلى الكفارة، والكفارة باقية كما كانت[8].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا أعتق عبداً واحداً نصفين، فقد أكمل الحرية في جميع / الرقبة وملك العبد بذلك نفسه، / وهذا مقصود العتق في الكفارة، ولا يضر أن (248/ب) يكون بعضه عن كفارة وبعضه عن أخرى إذا كملت الحرية فيه.

---

(1) في /أ، ج: (ولم يتكرر) والصواب ما أثبت.

(2) في /أ: (فيه).

(3) في /أ: (نصف عن كفارة ظهار ونصف).

(4) (عتق) ساقط من /أ.

(5) (عتقا) ساقط من /ج.

(6) في /أ: (إذا أعتق).

(7) وممن قال بذلك أبو اسحاق المروزي.
انظر: روضة الطالبين 8/ 289، والوجيز 2/ 82، وروضة الطالبين 8/ 289.

(8) على أحد الأوجه. وهو قول ابن سريج وابن خيران.
الوجه الثاني: يجزئه، لأنه ينضم أحد النصفين إلى الآخر، فتكون رقبة كاملة.
الوجه الثالث: يجزئه إن كان باقيهما حراً، وإلا فلا؛ لأنه إذا كان الباقي حراً فقد كمل الأحكام فيه ووجد مقصود الحرية بخلاف ما لو كان الباقي رقيقاً. وصححه النووي.
انظر: روضة الطالبين 8/ 288، والمهذب 2/ 116، وبحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 158 ـ ب.

فأما إذا فرق[1] العتق في مملوكين، فمعلوم أن واحداً من المملوكين لم يملك بذلك العتق رقبته على الكمال.

ألا ترى: أنه لم يثبت حكم[2] الميراث، ولا حكم الشهادة، كما ثبتت في المسألة الأولى[3].

وهذه الطريقة موافقة للنص حيث[4] قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «نصفاً عن واحدة، ونصفاً[5] عن واحدة»[6]. هذا لفظه في المختصر[7]، فصور المسألة حيث تتكامل الحرية في الرقبتين، حتى حكم بإجزاء الكفارتين، فدل ظاهر كلامه على أنه إذا عتق ولم يستكمل الحرية فيهما[8] لم نحكم بإجزاء الكفارة بحال[9].

مسألة (568): إذا ظاهر الرجل من امرأته وهي مملوكة، ثم اشتراها، فانفسخ النكاح فحرام عليه إصابتها بملك اليمين حتى يكفر كفارة الظهار[10].

ولو طلقها طلقة رجعية، أو خالعها وقعت الحرمة، فإذا اشتراها زالت تلك الحرمة وحل له إصابتها بملك اليمين[11].

---

(1) في /أ: (أقرر).

(2) في /أ: (له حكم).

(3) إذا عتق العبد ثبت الميراث لمعتقه وقبلت شهادته.
انظر: مغني المحتاج 3/ 20، 4/ 427، وقليوبي وعميرة 3/ 145، 4/ 318.

(4) (حيث) ساقط من /ج.

(5) في /أ: (ونصفها).

(6) (ونصفها عن واحدة) مكرر في /ج.

(7) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ولو أعتق عبدين عن ظهارين، أو ظهار وقتل كل واحد منهما عن الكفارتين أجزاه؛ لأنه أعتق عن كل واحدة عبداً تاماً نصفاً عن واحدة ونصفاً عن واحدة، ثم أخرى نصفاً عن واحدة ونصفاً عن واحدة فكمل فيها العتق». أ. هـ. مختصر المزني /205.

(8) في /أ: (فيها).

(9) (بحال) ساقط من /ج.

(10) على أصح الوجهين.
انظر: روضة الطالبين 8/ 273، والوجيز 2/ 80.

(11) وقيل: لا يحل له وطؤها حتى تنقضي العدة بعد الشراء وينقضي الاستبراء.
انظر: نهاية المطلب. خ. ج 7 ورقة: 114 ـ ب، 115 ـ أ، وروضة الطالبين 8/ 222.

والفرق بين الحرمتين: أن حرمة الطلاق حيث حصلت إنما حصلت[1] بزوال الملك في الخلع، أو بزوال شعبة الملك في الطلاق الرجعي، والحرمة إذا تعلقت بزوال الملك ارتفعت بتجدد الملك، والملك على البضع مستفاد بالشراء، كما يستفاد بالنكاح، فحل له وطؤها بملك اليمين، كما حل له وطؤها بالنكاح الجديد.

فأما[2] الحرمة الحاصلة بالظهار، فهي غير متعلقة بزوال الملك؛ لأن الظهار لا يزيل الملك[3]، وإنما تعلق باللفظ المخصوص والمقصد المعلوم، فلا سبيل إلى الاستحلال ما لم يكفر عن ذنبه الذي ارتكب في التلفظ بذلك اللفظ؛ فلذلك بقيت الحرمة إلى أن يكفر.

وهذا في طلاق لم يستوف عدده، فأما إذا طلق امرأته المملوكة ثلاثاً، ثم اشتراها، فحرام عليه وطؤها[4] بملك اليمين حتى تنكح زوجاً غيره[5].

والفرق بين أن يستوفي العدد وبين أن لا يستوفيه: أن العدد إذا كان غير مستوفٍ فلو أراد استحلال بضعها[6] بنكاح جديد حل له البضع من غير زوج جديد، فحل له البضع بالشراء وإن كان جنساً ثانياً في الاستفراش.

فأما إذا طلقها ثلاثاً، فمعلوم أنه لو أراد استحلالها بنكاح جديد لم يجد[7] سبيلاً إليه إلا بعد زوج واصابته[8]، فكذلك إذا أراد أن يستحلها / بملك اليمين لم تحل له (249/أ) حتى تنكح زوجاً غيره، ومعقول أن جميع حرمات المصاهرات المعلقات بالمناكح

---

(1) (إنما حصلت) ساقط من /أ.
(2) في /أ: (أما).
(3) في /أ: (ملكها).
(4) (وطؤها) ساقط من /أ.
(5) هذا هو المذهب.
وقيل: يحل له وطؤها بملك اليمين. قال إمام الحرمين: وهذا غريب.
انظر: نهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 115 ـ ب، وروضة الطالبين 7/ 128، ومغني المحتاج 3/ 183.
(6) في /أ: (بعضها).
(7) (لم يجد) ساقط من /ج.
(8) في /ج: (واصابة).

متصورة[1]. في ملك اليمين[2]، فكذلك الحرمات المغلظة بالطلاق الثلاث مستبقاة في ملك اليمين إلى وقت الهدم.



(1) في /أ: (متصورات).

(2) بخلاف بعض المحرمات بالنسب، فلا يتصور أن يملك أصله وفرعه.
انظر: مغني المحتاج 4/ 499-500، والوجيز 2/ 275-276.

كتاب اللعان[1]

مسألة (569): قال الله عز وجل: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾[2] الآية[3]، فجعل الرمي شرطاً في اللعان وفي ثبوته، واشترط[4] مصادفة الرمي النكاح لقوله تعالى: ﴿أَزْوَٰجَهُمْ﴾[5].

فلو أن رجلاً قال لزوجته: أنت زانية في عشيرتك وجب عليه لعانها إذا طالبته[6] وعجز عن إقامة البينة[7]، ولو قال: أنت أزنى عشيرتك لم يكن ذلك قذفاً صريحاً[8]، فإن قال: أردت بذلك قذفاً كان قاذفاً[9].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا قال لها: أنت زانية فقد أثبت لها هذه الصفة على جهة التحقيق، فصار شرط اللعان موجوداً، وأما[10] إذا قال: أنت أزنى عشيرتك، أو أنت أزنى الناس، فليس ذلك بقذف صريح، لأنه لم يثبت زنا[11]

---

(1) (كتاب اللعان) ساقط من / أ.

(2) وتمام الآية: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٦﴾ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٨﴾ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٩﴾﴾ النور.

(3) (الآية) ساقط من / أ.

(4) في / أ: (واشتراط).

(5) انظر: الأم 5/ 286، ومختصر المزني / 208، وروضة الطالبين 8/ 335، 342.

(6) في / أ: (أمانها إذا طلبته).

(7) انظر: روضة الطالبين 8/ 311، 327، والوجيز 2/ 84، 87.

(8) (صريحاً) ساقط من / ج.

(9) انظر: الأم 5/ 295، ومختصر المزني / 213، وروضة الطالبين 8/ 314.

(10) في / ج: (فأما).

(11) في / أ: (زنى).

الناس من قبل، وإذا لم يثبت زنا الناس بالقذف[1] لم يتحقق منه القذف بالتفصيل.

ولو قال: عشيرتك زناة، وأنت أزناهم وجب عليه اللعان في قذفه زوجته؛ لأنه لما بدأ فقال: عشيرتك زناة، [2]فقد ثبت قذفه إياهم، وكان[3] التفصيل بعد ذلك حقيقة قذف لها[4].

مسألة (570): إذا قذف رجل امرأة وهو لا يعرفها حين قذفها؛ لأنها متقنعة[5] بخمار، أو كان ذلك في ظلمة[6]، ثم بان أنها زوجته، فليس ذلك بقذف، ولا لعان، وإذا ادعت علمه، فجحد فالقول قوله مع يمينه أنه لم يعرفها[7].

وإنما فصلنا بين هذه المسألة وبين سائر مسائل القذف؛ لأنه إذا عرف من يقذفه، فظاهر القذف أنه اختار، فإذا عجز عن تصديق ذلك وجب عليه الحد، أو اللعان.

فأما إذا كان لا يعرف المقذوفة[8]، فلا يتصور[9] أن يخبر عن أحوالها وارتكابها[10] الزنا، وربما يتعرض الرجل[11] لغيره بالأذى، فلا يتصور بصورة[12] قاذف.

---

(1) في /أ: (وإذا لم يثبت بالقذف زنى الناس).
(2) في /أ: (عشيرتك زناة وأنت أزناهم فقد).
(3) في /ج: (فكان).
(4) وقيل: لا يكون قاذفاً لعلمنا بكذبه بنسبة الزنا إلى جميع العشيرة.
انظر: روضة الطالبين 8/ 315، والوجيز 2/ 85.
(5) في /أ: (يقذفها لا متقنعة).
(6) في /أ: (في الظلمة).
(7) انظر: التنبيه / 243، وروضة الطالبين 8/ 362.
(8) في /ج: (المقذوف).
(9) في /أ: (ولا يتصور).
(10) في /أ: (وإن تكابها).
(11) في /أ: (وربما يقصد الرجل أن يتعرض).
(12) في /أ: (تصويره).

ألا ترى أن رجلاً لو أصابه حجر، أو رمي به ولم يعلم من الرامي فقال: من رماني فهو زان، وهو لا يعرفه، لم يكن ذلك[1] منه قذفاً[2].

فأما إذا تداعيا، وتنازعا في العلم والجهل، فحالة التداعي غير هذه المسألة، والقول قول المدعى عليه مع يمينه.

(249/ب) **مسألة (571)**: إذا ادعت المرأة[3] على زوجها / أنك قذفتني، فجحد القذف، فشهد عدلان على قذفه إياها فأقبل على اللعان كان له اللعان مع جحوده القذف[4].

ولو جحد ونفى زناها فقال: ما زنيت استغنى عن اللعان إلا أن يثبت عليه القذف بالبينة[5].

والفرق بين أن يجحد القذف فيلاعن، وبين أن يجحد الزنا فلا يلاعن[6]: أنه إذا جحد الزنا فقد أقر بعدم الشرط المشروط[7] الذي يقصد باللعان إثباته، فإن الرجل يقول في لعانه: أشهد بالله أنها زنت[8]، فكيف يستقيم أن يجحد، فيقول ما زنيت؟.

ثم يقول: أشهد بالله أنها زنت.

(1) (ذلك) ساقط من / ج.

(2) انظر: بحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 210 ـ ب، وروضة الطالبين 8/ 346.

(3) (المرأة) ساقط من / أ.

(4) انظر: الأم 5/ 287، ومختصر المزني / 208، والمهذب 2/ 276.

(5) فإنه يحد ولا لعان.
انظر: روضة الطالبين 8/ 348، والوجيز 2/ 90، وبحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 193 ـ أ.

(6) في / أ: (والفرق بين أن يجحد الزنا فلا يلاعن وبين أن يجحد القذف فيلاعن).

(7) في / أ: (والمشروط).

(8) (بالله أنها ما زنت) ساقط من / أ.

فأما إذا جحد القذف فجحوده إياه لا يتضمن إقراراً منه بأنها[1] ما زنت فإذا أقبل على اللعان فقال: أشهد بالله أنها زنت لم يكن تقدم[2] منه كلمة مضادة لهذه الكلمة. وهذا[3] معنى قول الشافعي ـ رحمه الله ـ: «وليس جحوده القذف إكذاباً لنفسه»[4] يعني: في كونها زانية.

فإن قال قائل: أليس اللعان يعتمد القذف، فكيف يلاعن هذا الرجل وهو جاحد للقذف؟

قلنا: إذا[5] ثبت القذف بشهادة[6] العدول ثبت الشرط الذي يعتمده اللعان، ولو أن رجلاً ادعى عليه القذف فسكت فشهد شاهدان أنه قذف ثبت القذف عليه، وثبت حكمه[7]؛ فلذلك أمرناه في هذه المسألة باللعان.

مسألة (572): إذا قذف الرجل[8] زوجته المملوكة، فلاعنها[9] لينفي التعزير[10]، ثم اشتراها فحرام[11] عليه وطؤها أبداً[12].

---

(1) في /أ: (أنها).
(2) في /ج: (مقدم).
(3) في /أ: (فهذا).
(4) مختصر المزني /208، وانظر: الأم 5/ 287.
(5) (إذا) ساقط من /أ.
(6) في /أ: (لشهادة).
(7) انظر: روضة الطالبين 8/ 348، ونهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 182 ـ ب.
(8) (الرجل) ساقط من /أ.
(9) في /أ: (ولا عنها).
(10) الواجب على قاذف غير الحر التعزير.
انظر: روضة الطالبين 8/ 321، 332، مغني المحتاج 3/ 371، 382.
(11) في /أ: (فحرم).
(12) هذا أحد الطريقين.
الطريق الثاني: أنها على وجهين.
انظر: روضة الطالبين 8/ 342، ومغني المحتاج 3/ 380.

ولو أنه قذفها وانتفى من ولدها، ثم اشتراها، ثم لاعنها فنفى الولد لم يحرم عليه وطؤها على الصحيح من المذهب[1].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا لاعنها قبل الشراء صادف اللعان صلب النكاح، فانقطع[2] النكاح به، وإذا ارتفع النكاح باللعان ثبتت[3] حرمة التأبيد بينهما؛ ولذلك قال ـ صلى الله عليه وسلم ـ للعجلاني[4]: «لا سبيل لك عليها»[5].

فأما إذا سبق الشراء، ثم لاعنها فقد انفسخ النكاح بالملك، فلم يصادف اللعان نكاحاً حتى يقطعه ويرفعه، ولولا الولد لما لاعنها، فلا تتعلق حرمة التأبيد بمثل هذا اللعان، وهو الصحيح من المذهب[6].

---

(1) والخلاف في هذه المسألة مبني على الخلاف في المسألة الأولى.
انظر: روضة الطالبين 8/ 342.

(2) في /أ: (ما نقطع).

(3) في /ج: (ثبت).

(4) هو عويمر بن أبيض العجلاني الأنصاري، وقيل: هو عويمر بن الحرث بن زيد بن حارثة ابن الجد بن العجلان، وأبيض لقب لأحد آبائه. وهو صاحب اللعان الذي رمى زوجته بشريك بن السمحاء، وكان لعانهما في شعبان سنة تسع من الهجرة حين قدم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ من تبوك.
انظر: أسد الغابة 4/ 158، والإصابة 3/ 45، وتهذيب الأسماء واللغات 2/ 41.

(5) حديث أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فرق بين المتلاعنين، وقال لا سبيل لك عليها.
أخرجه البخاري ولفظه حدثنا علي بن عبدالله، حدثنا سفيان قال عمرو: سمعت سعيد ابن جبير قال: سألت ابن عمر عن المتلاعنين فقال: قال النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ للمتلاعنين: «حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها، قال مالي، قال لا مال لك إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها، وإن كنت كذبت عليها فذاك أبعد لك». وأخرجه مسلم بلفظ قريب منه.
انظر: صحيح البخاري كتاب «الطلاق» باب «قول الإمام للمتلاعنين إن أحدكما كاذب فهل منكما تائب» حديث (55)، وصحيح مسلم كتاب «اللعان» حديث (1493).

(6) إذا وقع اللعان بعد الشراء ففي تأبيد التحريم وجهان:
الوجه الأول: ما ذكره المؤلف.
الوجه الثاني: أن التحريم يتأبد.
انظر: روضة الطالبين 8/ 342.

وكذلك نقول في المتناكحين نكاحاً فاسداً إذا تلاعنا بسبب الولد[1]، وكذلك إذا قذف الرجل زوجته، ثم طلقها وانقضت عدتها، ثم طلبت حقها كان له اللعان؛ لأن القذف كان في صلب النكاح، ولكن ما لم يكن اللعان في صلب النكاح[2] لم يتعلق به حرمة التأبيد، وعلى هذا قياس هذا الباب.

مسألة (573): إذا اشترى زوجته المملوكة، فولدت ولداً بعد ستة / أشهر، **(250/أ)** فأراد[3] نفيه باللعان لم يكن له نفيه[4]، وإن ولدته لأقل من ستة أشهر، فله نفيه[5].

والفرق بينهما: أنها إذا ولدته بعد ستة أشهر احتمل أن يكون من فراش ملك اليمين، والولد من هذا الفراش ينتفى بدعوى الاستبراء[6]، فلا تدعوه حاجة إلى الملاعنة[7]، فإذا كانت المدة دون ستة أشهر، فلا يحتمل أن يكون هذا الولد من ملك اليمين، وإنما هو ملحق بالنكاح وولد النكاح ينتفي باللعان[8].

---

(1) ففي تأبيد التحريم وجهان.
الوجه الأول: أنها تحرم على التأبيد؛ لأن ما أوجب تحريماً مؤبداً إذا كان في نكاح أوجبه وإن لم يكن في نكاح كالرضاع. وصححه الشيرازي والنووي.
الوجه الثاني: لا تحرم؛ لأن التحريم تابع للفرقة، ولم يقع بهذا اللعان فرقة، فلم يثبت به تحريم.
انظر: المهذب 2/ 127، وروضة الطالبين 8/ 336.

(2) انظر: روضة الطالبين 8/ 336، وقليوبي وعميرة 4/ 37.

(3) في /أ: (وأراد).

(4) على الصحيح.
وقيل: له نفيه.
انظر: مغني المحتاج 3/ 383، 413، وروضة الطالبين 8/ 342.

(5) انظر: روضة الطالبين 8/ 341، ومغني المحتاج 3/ 383.

(6) لا باللعان: لأن اللعان من خواص النكاح، كالطلاق، والظهار.
انظر: مغني المحتاج 3/ 383، والوجيز 2/ 89.

(7) في /أ: (إلى المتلاعنة).

(8) في /ج: (ينفي اللعان).

مسألة (**574**): إذا طلق الرجل[1] امرأته فجاءت بولد لأقل من أربع سنين كان ملحقاً به إلا أن ينفيه بلعان، ولا فرق بين أن تكون في هذه المدة من ذوات الأقراء، وبين أن لا ترى دماً[2].

ولو اشترى رجل زوجته فأصابها وادعى[3] أنه[4] استبرأها، فجاءت بولد لستة أشهر فصاعداً نفيناه عن ملك[5] اليمين بدعوى الاستبراء[6].

فإن قيل: أيلحق به بالنكاح إذا لم يلتعن[7]، كما تلحقونه إذا[8] لم يكن ملك يمين؟.

قلنا: ليس عليه لعان في هذه المسألة، وهي بخلاف[9] تلك المسألة الأولى.

والفرق بينهما: أن المطلقة إذا جاءت بولد لما دون أربع سنين، فقد زال فراشه عنها، ولم يتجدد بعد ذلك الفراش فراش جديد يحتمل أن يلحق الولد به فألزمناه نسبه إلا أن ينفيه باللعان.

فأما إذا اشترى زوجته، فقد نقلها عن فراش إلى فراش؛ لأن له أن يفترشها

---

(1) (الرجل) ساقط من / أ.

(2) انظر: الأم 5/ 222، وروضة الطالبين 8/ 378، ومغني المحتاج 3/ 390.

(3) في / أ: (فادعى).

(4) (أنه) ساقط من / ج.

(5) في / أ: (على ملك).

(6) على المذهب المنصوص.
وقيل يلحق به تخريجاً من نص الشافعي في المسألة الأولى.
وقد اختلف الأصحاب في هاتين المسألتين المنصوصتين، فمنهم من جعل في المسألتين قولين بالنقل والتخريج، ومنهم من قطع بتقرير النصين في المسألتين والتفريق بينهما، وهم الجمهور.
انظر: مختصر المزني / 216، وروضة الطالبين 8/ 342، 378، 440، ومغني المحتاج 3/ 413.

(7) في / أ: (فإن قالت ألحقوه بالنكاح فإذا لم يلتعن).

(8) في / أ: (وإذا).

(9) في / أ: (وهي خلاف).

بملك اليمين، والولد في فراش اليمين ينتفى بدعوى الاستبراء[1]. فإذا ادعى[2] أنه استبرأها، فانتفى عنه لم يكن عليه أن ينفيه باللعان، وصار، كالفراش المفقود؛ ولذلك فصلنا في المطلقة بين أن تنكح، وبين[3] أن لا تنكح، فقلنا: إذا لم تنكح فالولد ملحق به إلى أربع سنين، وإن نكحت، فمضت ستة أشهر، فجاءت بولد، فالولد ملحق بالثاني؛ لأن له فراشاً كالفراش الأول[4].

مسألة (575): إذا قذف الرجل[5] امرأته، ولاعنها، فبانت منه[6]، ثم قذفها بعد البينونة مطلقاً فعليه الحد[7]، وإن قذفها بالزنا السابق، فلا حد عليه[8]، ولو قذفها غيره بذلك الزنا السابق فعليه الحد[9].

والفرق في حقه[10] بين الزنا الأول وبين الزنا الآخر: أنه قد حد مرة في القذف بذلك الزنا السابق وغسل عنها عار قذفه إياها، فلا يلتحق[11] بها من جهته في ذلك[12] الزنا مثل العار الأول، فلذلك أسقطنا الحد واقتصرنا على التعزير إذا طلبت التعزير.

---

(1) تقدم.
راجع ص: 325 هامش: 6.
(2) في / أ: (فأما إذا ادعى).
(3) (أن تنكح وبين) ساقط من / أ.
(4) انظر: مغني المحتاج 3/ 390-391، ونهاية المحتاج 7/ 139.
(5) في / ج: (رجل).
(6) (منه) ساقط من / أ.
(7) وقيل: لا حد عليه، ويعزر.
انظر: روضة الطالبين 8/ 338، ونهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 203 ـ أ.
(8) وعليه التعزيز.
انظر: روضة الطالبين 8/ 338، و الوجيز 2/ 89.
(9) انظر: الأم 5/ 296، ومختصر المزني / 214.
(10) (في حقه) ساقط من / ج.
(11) (يلتحق) ساقط من / أ.
(12) في / ج: (في جهة).

فأما إذا استأنف [قذفها بغير ذلك الزنا، فقد استأنف][1] تعييرها، كما استأنف في الابتداء تعييرها فجُدد[2] عليه الحد.

(250/ب) والفرق بين قذفه إياها / بالزنا الأول، وبين قذف غيره: أن غيره إذا ذكر ذلك الزنا فقد ابتدأ بتعييرها[3] وإلحاق[4] العار بها، وهي في حقه وفي حق غيره عفيفة، ولعان الزوج لم يبطل عفتها، إنما درء الحد الواجب[5].

وأما إذا قذفها زوجها بذلك الزنا السابق فقد قذفها بما عيَّرها به مرة ولاعنها[6] فيه، فلا يتصور فيه[7] أن يتجدد[8] عليه الحد، وإذا لم يتجدد عليه الحد بذلك لم يتجدد عليه اللعان[9].

مسألة (576): إذا قذف الرجل زوجته المملوكة، فلا حد عليه؛ لأنها غير محصنة[10] وعليه التعزير، وله أن يدرأ هذا التعزير عن نفسه باللعان[11].

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(2) في /أ: (فيتحدد).

(3) في /أ: (فقدا بتعبيرها).

(4) في /أ: (والحق).

(5) في /أ: (وأوجبه).

(6) (ولاعنها) ساقط من /أ.

(7) (فيه) ساقط من /أ.

(8) في /أ: (وأن يتجدد).

(9) انظر: روضة الطالبين 8/ 338، والوجيز 2/ 89.

(10) المحصن الذي يحد قاذفه هو: المكلف، الحر، المسلم، العفيف عن الزنا.
انظر: روضة الطالبين 8/ 321، ومغني المحتاج 3/ 371.

(11) لا يشترط لجواز اللعان تعلق جميع ثمرته به، بل منها ما يستقل بإفادة حق جوازه، ومنها خلاف ذلك، فنفي النسب هو المقصود الأصلي من اللعان، فيجوز اللعان له وحده، وإن كان لا ينقطع به نكاح، ولا يسقط به عقوبة، وكذلك يجوز اللعان؛ لدفع عقوبة القذف إن كان الواجب حداً وإن لم يكن نكاحاً ولا نسباً، وكذلك إن كان الواجب تعزيراً.
انظر: روضة الطالبين 8/ 331-332، ومغني المحتاج 3/ 371، 382.

ولو أن رجلاً كانت امرأته محدودة في زنا، فقذفها زوجها بذلك الزنا، فعليه التعزير، ولا ينفعه اللعان[1].

والفرق بين المسألتين: أن التعزير في المسألة الأولى للتكذيب[2] لا للتأديب[3]، فإن زوجته تنفي عن نفسها الزنا، وهو رماها به، فلا فرق بين الحرة والأمة في ذلك، إلا أن[4] العقوبة عليه في الحرة الحد الكامل، والعقوبة في المملوكة[5] التعزير.

---

(1) للشافعي ـ رحمه الله ـ في هذه المسألة نصان مختلفان.
فنص في رواية الربيع على أن له اللعان، ونص في رواية المزني على أنه لا يلتعن.
وللأصحاب فيهما طرق:
الطريق الأول: ـ وهو الأشهر ـ: في المسألة قولان: أظهرهما: لا يلاعن.
الطريق الثاني: : وهو الأصح ـ وبه قال القاضي أبو إسحاق والقاضي أبو حامد: لا يلاعن قطعاً، ورد رواية الربيع.
الطريق الثالث: يلاعن قطعاً وتأول رواية المزني.
الطريق الرابع: إن قذفها بزنا أضافه إلى ما قبل الزوجية، وأثبته ببينة، ثم قذفها به لم يلاعن، وإن قذفها بزنا في الزوجية، وأثبته ببينة، ثم قذفها به لاعن، وحمل النصين عليهما.
الطريق الخامس: إن كان ثم ولد لاعن، وإلا فلا، وحمل النصين عليهما.
انظر: الأم 5/ 287، ومختصر المزني / 208، وروضة الطالبين 8/ 332 ـ 333، وبحر المذهب.خ. ج 14. ورقة: 190 ـ ب، 191 ـ أ، وحلية العلماء 7/ 208 ـ 209.

(2) في / أ: (للكذب).

(3) قال النووي: «التعزير المشروع عند القذف نوعان:
تعزير تكذيب، وهو: المشروع في حق القاذف الكاذب ظاهراً، بأن قذف زوجته الذمية، أو الرقيقة، أو الصغيرة التي يوطأ مثلها.
وتعزير تأديب، وهو: أن يكون كذبه معلوماً، أو صدقه ظاهراً، فيعزر لا تكذيباً له، بل تأديباً؛ لئلا يعود إلى السب والإيذاء، بأن قذف زوجته الصغيرة التي لا يوطأ مثلها، أو قذف الكبيرة بزنا ثبت بالبينة، أو بإقرارها، فلا يحد؛ لسقوط حصانتها، ويعزر تأديباً للإيذاء بتجدد ذكر الفاحشة» أ. هـ.
روضة الطالبين 8/ 332، وانظر: مغني المحتاج 3/ 382.

(4) في / أ: (لأن).

(5) في / أ: (المملوك).

فأما المسألة الثانية، فالتعزير فيها تعزير تأديب لا تعزير تكذيب، وكيف يكون تعزير[1] تكذيب وقد ثبت زناها عند الناس بالبينة، أو بالاعتراف؛ ولذلك أقيم عليها حد الزنا[2]، فصار هذا أصلاً في الباب، فمتى ما توجه عليه عقوبة تكذيب فله تصديق نفسه باللعان ومتى ما توجه عليه عقوبة تأديب ـ وهو[3] في منزلة الاستغناء عن التصديق والتكذيب ـ فتلك العقوبة غير مدفوعة باللعان.

مسألة (577): الزوج إذا كان ابن عشر سنين، فولدت امرأته ولداً فقال: ما هذا الولد مني، فإني لست ببالغ لم نصدقه، وألحقنا الولد به، فإن أراد نفيه باللعان[4] لم نمكنه[5]. فإن قال: إذا لم تمكنوني من اللعان؛ لعلة الصغر، فلا تلحقوا بي نسباً، وإن ألحقتم بي النسب[6]، فمكنوني من اللعان، وإلا فما الفرق بين الحكمين؟.

قلنا: الفرق بينهما: أن النسب حيث يلحق إنما يلحق بالإمكان إذا تصور، وقد تحقق الإمكان؛ لأن ابن العشر ربما يكون بالغاً بالماء.

وأما اللعان، فلا يتصور إلا من بالغ[7] وقد أقررت بأنك غير بالغ، فكيف نمكنك من اللعان مع هذا الإقرار السابق! فاصبر حتى تبلغ فتلاعن[8]، فإن مات هذا الزوج قبل أن يبلغ فيلاعن[9] ورثته لنفي[10] ذلك الولد[11]؛ لأن الإلحاق غير

(1) (تعزير) ساقط من /أ.
(2) في /أ: (اللحد للزنا).
(3) (وهو) ساقط من /أ.
(4) في /ج: (فإن أراد اللعان).
(5) انظر: مختصر المزني /208، وروضة الطالبين 8/ 357، وبحر المذهب خ. ج 14 ورقة: 182 ـ أ ـ، 183 ـ أ، ونهاية المطلب.خ. ج 7 ورقة: 178 ـ أ.
(6) (بي النسب) ساقط من /ج.
(7) لأن اللعان يمين مؤكدة بلفظ الشهادة، والصبي ليس من أهل اليمين. انظر: روضة الطالبين 8/ 334، ومغني المحتاج 3/ 378.
(8) في /ج: (فتلتعن).
(9) في /ج: (فتلتعن).
(10) (لنفي) ساقط من /أ، ج، ولا يستقيم الكلام إلا بإثباتها، فأثبتها.
(11) في /أ: (لا لولد).

موقوف على النكول عن اللعان، وإنما الإلتحاق[1] بالإمكان السابق، فكان[2] النفي موقوفاً على وجود / اللعان، فإذا مات ولم يلاعن استقر حكم النسب على (251/أ) جهة الإسناد، لا على جهة الاستئناف[3].

مسألة (578): إذا قذف زوجته المجنونة، ولها ولد نسبه إلى الزنا كان له اللعان[4]، وإن لم يكن لها ولد، فالصحيح من المذهب أنه لا يلاعن[5]، وإن كان القذف قد صادف النكاح[6].

والفرق بين المسألتين: أن الولد إذا لم يكن موجوداً، فمقصوده[7] من اللعان مجرد الفرقة، والطلاق بيده، فلا ضرورة[8] تدعو إلى اللعان حتى يلاعن.

فأما[9] إذا ولدت، فهناك نسب متعرض[10] للثبوت، فلا ينتفي[11] ذلك النسب عنه إلا بلعان؛ فلذلك يمكن من اللعان؛ ولذلك أجرينا [اللعان في النكاح الفاسد عند وجود الولد، وما][12] أجريناه عند عدمه[13].

---

(1) في /أ: (الالحاق).
(2) في /أ: (وكان).
(3) انظر: بحر المذهب خ. ج 14. ورقة: 182 ـ ب.
(4) انظر: روضة الطالبين 8/ 333-334، ومغني المحتاج 3/ 382.
(5) في /ج: (أن لا يلاعن).
(6) الوجه الثاني: له اللعان بغرض الفرقة المؤبدة والانتقام منها بإيجاب حد الزنا عليها. انظر: مغني المحتاج 3/ 382، ونهاية المحتاج 7/ 124.
(7) في/أ: (ومقصوده).
(8) في /أ: (ولا ضرورة).
(9) في /ج: (وأما).
(10) في /ج: (نسبب معترض).
(11) في /أ: (لا ينفي).
(12) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(13) انظر: المهذب 2/ 124، وروضة الطالبين 8/ 335-336.

مسألة (579): إذا جاءت امرأة الرجل بولد فقال زوجها: إنه مستعار فلا لعان بينه وبينها[1].

ولو قال: أصابك رجل بالشبهة[2] وما زنيت ولكن هذا الولد من تلك الشبهة فعليه أن يلاعنها[3].

والفرق بين المسألتين: إنه إذا قال أصابك رجل بالشبهة فقد قذفها بوطء حرام[4]، ولم يقذفها بصريح الزنا؛ لأن الإصابة بالشبهة حرام محض بإجماع العلماء[5]، فصار كما لو قذفها بصريح الزنا.

فأما إذا قال: إن الولد مستعار فإنه ما قذفها بوطء حرام لا بزنا[6]، ولا بما هو دون الزنا، واللعان لا يتصور من الزوجين إلا بأن يتقدم من الزوج قذف بحرام[7].

---

(1) انظر: روضة الطالبين 8/ 318، ومختصر المزني / 212، ونهاية المطلب جـ 7. ورقة: 192 ـ ب.

(2) في / أ: (ولو قال: رجل أصابك بشبهة).

(3) على أحد الطريقين. وهو المذهب.
الطريق الثاني: في جواز اللعان وجهان: أصحهما: الجواز.
انظر: روضة الطالبين 8/ 343، ونهاية المطلب. خ. جـ 7. ورقة: 193 ـ ب، 194 ـ أ.

(4) ذكر إمام الحرمين ضابطاً للقذف الذي يجري فيه اللعان فقال: «اللعان لا يجري إلا بعد أن تنسب المرأة إلى وطء محرم في النكاح. وإن أحببنا قلنا: إلى وطء لا نحكم بتحليله حتى لا نمنع وطء الشبهة عن الدخول تحت موجب الكلام» أ. هـ نهاية المطلب. خ. جـ 7. ورقة: 193 ـ ب، وانظر: روضة الطالبين 8/ 342.

(5) ذكر الزركشي خلافاً في وطء الشبهة فقال: «اختلف في وطء الشبهة. هل هو حرام، أو مباح، أو لا يوصف بواحد منهما. ثلاثة أوجه. أصحهما: الثالث» أ. هـ المنثور في القواعد 3/ 338، ولعل مراد المؤلف بدعوى الإجماع: تحريم الوطء بشبهة المحل، وهي: إذا كان للواطىء فيها شبهة ملك كالأمة المشتركة.
أما الشبهة في الفاعل، كمن وجد امرأة على فراشه، فظنها زوجته، أو أمته فوطئها، فجزم بعض الأصحاب بأنه لا تحريم فيها، وصرح بعضهم بالتحريم مع نفي الإثم؛ لعدم القصد.
انظر: القواعد للحصني القسم الأخير 2/ 701، 703، والوجيز 2/ 168-169.

(6) في / جـ: (إلا بالزنا).

(7) في / أ: (فقذف حرام).

ثم إذا ادعى أن الولد مستعار والمرأة تدعي أنها ولدته، [فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن تقدر على إقامة البينة أنها ولدته][1] على فراشه، وإما أن تعجز عن ذلك، فإن أقامت[2] أربع نسوة يشهدن على ولادة الفراش لزمان يحتمل يلحق الولد به[3] ألحق[4] الولد به، وليس له نفيه باللعان[5]، وإن عجزت عن إقامة[6] البينة، فقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إن أرادت أن تستحلفه كان لها ذلك»[7].

ومعلوم[8] أن الطفل لو كان[9] له مال على رجل وله أب وأم فليس للأم أن تستحلف ذلك الغريم، وأن تطلب ذلك المال، وإنما الطلب للأب بولاية الأبوة، وإن لم يكن أب وكان للطفل أم رشيدة فالقياس عند أكثر مشايخنا أن الأم لا تقوم بالطلب، ولا تنزل منزلة الأب، ولكن القاضي يليه[10] إن لم يكن من جهة الأب وصي[11].

والفرق بين هذه المسألة في النسب وبين المال: أن الزوج يحيل عليها بدعواه نفقة الولد ومؤنته، ويسقطها عن نفسه[12]، وهي تحيل عليه وتدعي، فصارت الخصومة متعلقة بهما من هذا الوجه / فكان لها الدعوى والاستحلاف، ثم **(251/ب)**

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(2) في /أ: (إن أقامت).
(3) (يلحق الولد به) ساقط من /ج.
(4) في /أ: (لحق).
(5) انظر: الأم 5/ 293، ومختصر المزني / 212، ونهاية المطلب خ. ج 7. ورقة: 192 ـ ب، وروضة الطالبين 8/ 318.
(6) (إقامة) ساقط من/أ.
(7) انظر: الأم 5/ 294، ومختصر المزني / 212.
(8) في /أ: (معلوم) بسقوط الواو قبلها.
(9) في /أ: (أو كان).
(10) (يليه) ساقط من /أ.
(11) هذا هو المذهب.
وقال الاصطخري: للأم ولاية المال بعد الأب والجد، وتقدم على وصيهما.
انظر: روضة الطالبين 4/ 187، والمهذب 1/ 328.
(12) في /أ: (من نفسه).

ترتب النسب على الخصومة، وليست الخصومة والدعوى من خصائص النسب. [فقد يشهد أربع نسوة على الفراش والولادة ويثبت النسب][1]، والنسب لا يثبت بشهادة النساء[2]، ولكن إذا[3] ثبت بشهادتهن ما تختص شهادتهن به[4] جاز أن يترتب غيره عليه[5]. وكذلك[6] إذا ثبت بمخاصمتها واستحلافها ولادتها على الفراش دفعت عن نفسها نفقة الولد، وترتب النسب عليه.

والذي يدل على هذا من كلام الشافعي ـ رحمه الله ـ: أنه قال ـ في هذه[7] المسألة ـ: «إن نكل الزوج عن اليمين أحلفناها ولحقه» هذا لفظه[8]، ومعقول أن القيم لا يستحلف، وكذلك الوصي[9] والوكيل[10]، فلما استحلفها الشافعي ـ رحمه الله ـ دل على أنه جعل هذه الخصومة خصومة بينهما في حقهما[11] لا في حق الولد، وإن ترتب[12] حق الولد عليها.

فأما[13] إذا ادعت أم الطفل مالاً من أموال الطفل على إنسان فدعواها غير

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(2) في / أ: (النسب).
وانظر: نهاية المطلب.خ. ج7. ورقة: 193 ـ أ، وكفاية الأخيار 2/ 173.
(3) (إذا) مكررة في / أ.
(4) (ما تختص شهادتين به) ساقط من / ج.
(5) (عليه) ساقط من / ج.
(6) في / ج: (كذلك) بسقوط الواو قبلها.
(7) (في هذه) ساقط من / أ.
(8) ولفظه في مختصر المزني / 212: «وإن نكل أحلفناها ولحقه»، ولفظه في الأم 5/ 294: «وإن نكل أحلفناها، فإن حلفت لزمه، وإن لم تحلف لم يلزمه».
(9) في / أ: (الوطى).
(10) في / ج: (ولكفيل).
وانظر: المنثور في القواعد 3/ 389، والأشباه والنظائر للسيوطي / 509.
(11) في / أ: (في حقها).
(12) في / ج: (وإن يترتب).
(13) في / ج: (وأما).

مسموعة في القياس[1]، بخلاف الأب؛ لأن الدعوى إنما تسمع في حق الطفل ممن له ولاية عليه، والولاية حيث ثبتت إنما تثبت[2] للآباء دون الأمهات.

ألا ترى أن ولاية النكاح مختصة بهم[3]، وكذلك ولاية المال[4]، والرجال مختصون بولاية القضاء دون النساء[5]، ولا خلاف بين الفقهاء أن الصبي إذا كان له أب وأخ فالولاية إلى الأب، وكذلك إن كان له[6] جد وأم - وإن كان الجد في الدرجة عالياً - فالولاية إلى الجد دون الأم[7]؛ فلذلك فصلنا بين المسألتين.

مسألة (580): إذا قذف الرجل زوجته وترافعا إلى الحاكم[8] فعرض عليه اللعان، فنكل أقيم عليه حد القذف، لاعنت أو نكلت[9]، والمرأة إذا نكلت عن اللعان لم يتوجه عليه حد الزنا ما لم يلاعنها الزوج[10].

وإنما افترقا لمعنى لا يخفى وهو: أن الحد يتوجه على الزوج بقذفه السابق وهو معترف بالقذف، ولعانه[11] للدفع، وليس وجوب الحد عليها

---

(1) والصحيح أنها مسموعة كالرجال.
انظر: السلسلة.خ. ورقة: 121 - أ، ونهاية المطلب. خ. ج7 ورقة: 192 - ب، 193 - أ.

(2) في /أ: (إنما تثبت) ساقط من /ج.

(3) انظر: المهذب 1/ 328، وروضة الطالبين 4/ 187، والأشباه والنظائر للسيوطي / 238.

(4) سبق في ص: 333، هامش 11.

(5) انظر: أدب القاضي لابن القاص 1/ 104، ومغني المحتاج 4/ 375.

(6) (له) ساقط من /أ.

(7) وممن نقل الاجماع في ذلك ابن قدامة.
انظر: المغني 6/ 459 - 460.

(8) (إلى الحاكم) ساقط من /ج.

(9) انظر: روضة الطالبين 8/ 356، وكفاية الأخيار 2/ 76.

(10) لأن حد الزنا لا يجب إلا بلعان الزوج.
انظر: المهذب 2/ 126، وروضة الطالبين 8/ 356.

(11) في /أ: (فلعانه).

بلعانها[1]؛ [لأن لعانها لدفع حد الزنا، كما أن][2] لعانه لدفع حد [القذف، ويتضمن إيجاب حد][3] الزنا من حيث[4] تضمن: إثبات الزنا[5] عليها، وفي إثبات زناها نفي صفة القاذفين.

فأما المرأة إذا نكلت عن[6] اللعان ولم يسبق من جهتها إقرار[7] بالزنا ولم يشهد عليها الشهود، فلا بينة يثبت بها زناها[8] سوى لعانه فإن التعن ثبت الزنا عليها، [فوجب الحد، وإن نكل لم تلتعن ولم يثبت الزنا عليها][9]، فلم يجب الحد.

ولهذه النكتة لا يتصور في اللعان الابتداء بالمرأة؛ لأن لعانها لا يصلح إلا لدفع الحد[10]، وإنما تحتاج إلى الدفع إذا توجه عليها بلعانه/ ما تدفعه بلعانها[11]، بل تكون البداية أبداً بالزوج. (252/أ)

لأن الزوج يريد أن يثبت بلعانه[12] ـ الذي نزل منزلة[13] البينة ـ ما ادعى[14] عليها من تلويث الفراش وإلحاق ولد الزنا.

---

(1) في /ج: (بلعانه).
(2) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(3) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(4) في /أ: (من حين).
(5) في /ج: (اثبات حد الزنا).
(6) (عن) ساقط من /أ.
(7) في /أ: (اقراراً).
(8) (زناها) ساقط من /أ.
(9) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(10) انظر: المهذب 2/126، والتنبيه /160.
(11) في /أ: (بلعانه).
(12) في /أ: (لعانه).
(13) في /أ: (منزلته).
(14) في /ج: (فإذا ادعى).

مسألة (581): اللعان عند الشافعي ـ رحمه الله ـ أيمان[1] في التغليب، وإن كانت ألفاظه مشوبة[2] بمعنى الشهادة، فجانب اليمين مغلب[3].

ولو أن رجلاً نكل عن اليمين في خصومة، فتوجه الحكم عليه بسبب نكوله ويمين خصمه فأراد[4] أن يحلف ونشط لما نكل عنه، فلا حق له في اليمين، حتى لو قال القاضي لخصمه: احلف ـ ولم يحلف بعد ـ فقال[5] **الناكل**: اقبل عليَّ أيها القاضي لأحلف لم يكن للقاضي أن يستحلفه بعد قوله للخصم: احلف[6]. وإذا نكل الزوج عن اللعان فقضى عليه بالحد، فنشط للعان[7] كان له اللعان[8]، حتى قال الشافعي؛ رحمه الله: «لو أقيم عليه بعض الحد فقال: دعني أيها القاضي حتى[9] التعن تركه حتى يلتعن، ولا يجوز استيفاء ما بقي من الحد وإن كان الباقي سوطاً[10] واحداً، وإن تلف أو فسد[11] بعض أعضائه[12] فيما فات من الضرب

---

(1) في /أ: (انما).
(2) في /أ: (مشونة).
(3) قال الشافعي: «وقال بعض الناس لا يلاعن إلا حران مسلمان ليس واحد منهما محدوداً في قذف وترك ظاهر القران واعتل بأن اللعان شهادة، وإنما هو يمين، ولو كان شهادة ما جاز أن يشهد أحد لنفسه، ولكانت المرأة على النصف من شهادة الرجل» أ. هـ.
مختصر المزني/ 209، وانظر: الأم 7/ 25، وروضة الطالبين 8/ 334.
(4) في /أ: (فإن أراد).
(5) في /أ: (ما قال).
(6) انظر: أدب القضاء 1/ 487، وروضة الطالبين 12/ 44. وذكر ابن السبكي قاعدة ثم فرع عليها هذه المسألة، والقاعدة تقول: «كل نكول تتعلق به حق حلف حالف بعد النكول فذلك النكول إذا ظهر فلا عود من الناكل». الأشباه والنظائر 2/ 513.
(7) في /أ: (في اللعان).
(8) انظر: روضة الطالبين 8/ 349، ونهاية المطلب. خ. جـ 7. ورقة: 185 ـ ب، والمهذب 2/ 127.
(9) (حتى) ساقط من /أ.
(10) في /أ: (شرطا).
(11) في /جـ: (وفسد).
(12) في /أ: (أغصانه).

فلا شيء له فيه»[1].

والفرق بين اللعان وبين سائر المسائل التي فيها حكم [النكول: أن اللعان مشروع لحكم الحد مع ما يتصل به بحكم][2] النسب وغيره، والحدود مدفوعة بالشبهات[3]، وليست في سقوطها وإسقطاها[4] كسائر الأحكام، فإذا رغب في اللعان لإسقاط الحد ألحقنا اللعان[5] بالشهادة لشبهة الحدود، والشهادة مقبولة متى أراد إقامتها سواء تقدم منه إظهار العجز عن الإقامة أو لم يتقدم ذلك منه، بعد أن لا يكذب نفسه[6] بنفسه، ولا يكذب شهوده بقوله.

فأما النكول في غير الحدود فمتى ما توجه الحكم به[7] لم يسقط ولم يتغير؛ لأن سائر الحقوق لا تسقط بالشبهات[8]، بخلاف الحدود.

---

(1) (فيه) ساقط من / أ.
وانظر: الأم 5/ 292، ومختصر المزني / 208.

(2) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(3) والشبهات الدارئة للحدود ثلاث:
الأولى: الشبهة في الفاعل كماإذا وجد امرأة على فراشه فظنها زوجته أو أمته فوطئها.
الثانية: الشبهة في الموطوءة بأن يكون للواطيء فيها ملك، أو شبه ملك كالأمة المشتركة، أو أمة أبيه.
الثالثة: الشبهة في الطريق بأن يكون حلالاً عند قوم حراماً عند آخرين كنكاح المتعة، والنكاح بلا ولي ولا شهود، بشرط أن يكون الخلاف معتبراً.
انظر: القواعد للحصني القسم الأخير 2/ 701، والأشباه والنظائر للسيوطي / 123، وقواعد الأحكام 2/ 137.

(4) (واسقاطها) ساقط من / ج.

(5) (اللعان) ساقط من / أ.

(6) (نفسه) ساقط من / ج.

(7) في / أ: (له).

(8) كالفدية مثلاً فلا تسقط بالشبهة؛ لأنها تضمنت غرامة.
انظر: المنثور في القواعد 2/ 226، والأشباه والنظائر للسيوطي / 123، وروضة الطالبين 11/ 296.

والذي يدل على هذا الفرق: أن الشهود إذا شهدوا[1] قبل استيفاء المال[2] فلا تأثير لرجوعهم، وللخصم استيفاء ذلك المال[3]، بخلاف ما لو رجعوا بعد قبول الشهادة وقبل قوله: حكمت[4].

[فأما الحدود فليست كذلك، ولكن إذا قال القاضي: حكمت][5] بشهادتهم، ثم رجع الشهود قبل استيفاء الحد سقط الحد، كما يسقط برجوعهم قبل الحكم[6]، وهذه حقيقة قول العلماء: إن الحدود تسقط بالشبهات.

فإن قال قائل: فوائد لعانه غير مقصورة على دفع الحد عندكم، بل يتعلق بلعانه نفي النسب ورفع الفراش / وإيجاب حد[7] الزنا فلئن[8] كان الحد يسقط بالشبهة، (252/ب) فليس للشبهة تأثير في هذه الأحكام، فيجب أن لا تقبلوا فيها لعاناً بعد نكوله، وقد قلتم إذا لاعن بعد النكول وإقامة بعض الحد تعلق بلعانه جميع هذه الفوائد، كما يتعلق بلعان لم يتقدمه نكول.

قلنا: هذه الأحكام وإن كانت تتعلق باللعان فأصل اللعان في الشرع حيث ورد إنما ورد[9] بسبب القذف لدفع موجبه، قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦﴾[10]، ولم يذكر ولداً ولا رفع فراش، فصار دفع الحد أصلاً في اللعان، والحد يدرأ

---

(1) (إذا شهدوا) ساقط من / ج.
(2) في / أ: (ذلك المال).
(3) على الصحيح.
انظر: روضة الطالبين 11/ 296، ومغني المحتاج 4/ 456.
(4) فيمتنع القاضي عند الحكم بشهادتهم.
انظر المرجعين السابقين.
(5) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(6) انظر: روضة الطالبين 11/ 296، ومغني المحتاج 4/ 456-457.
(7) في / أ: (عند).
(8) في / أ: (فليس).
(9) (إنما ورد) ساقط من / أ.
(10) سورة النور: آية (6).

بالشبهة[1]، فقلنا: لعانه بعد نكوله لدفع الحد عنه، ثم لا نبالي بأن يترتب عليه أحكام مباينة[2] للحدود في الشبهات.

ألا ترى: أن شهادة النساء المنفردات مختصة[3] بالولادة ونظائرها[4] غير مقبولة في الأنساب[5]، كيف ولو شهدت[6] امرأتان مع رجل على نسب لم يثبت ذلك النسب بشهادتهم، ثم إذا شهد أربع نسوة على ولادة في فراش ثبتت[7] ولادة الفراش بشهادتهن وترتب[8] النسب عليها[9]، كذلك في هذا الموضع.

مسألة (582): الأخرس كالناطق في اللعان والأيمان، واللعان أيمان، وكذلك هو كالناطق[10] في الأيمان والأمان[11]، والبيع وسائر العقود[12]، وقال بعض أصحابنا: شهادته غير مقبولة وإن كانت إشارته مفهومة[13].

---

(1) في / ج: (بالشبهات).
(2) في / أ: (ببانه).
(3) في / أ: (المختصة).
(4) كالبكارة، والثيابة، والرتق، والحيض، والرضاع.
انظر: روضة الطالبين 11/ 253، ومغني المحتاج 4/ 442.
(5) تقدم.
انظر ص: 334 هامش (2).
(6) في / أ: (شهد).
(7) في / ج: (فثبتت).
(8) في / ج: (ثم ترتب).
(9) انظر: الأم 5/ 293، ومختصر المزني / 212، ونهاية المطلب. خ. ج 7 ورقة: 192 ـ ب.
(10) في / ج: (هو الناطق).
(11) (والأمان) ساقط من / ج.
(12) إذا كان له إشارة مفهومة، أو كتابة. أما إذا لم يكن له ذلك فلا يصح شيء من تصرفاته.
انظر: القواعد للحصني القسم الأخير 1/ 285، والمنثور في القواعد 1/ 164، وروضة الطالبين 8/ 352.
(13) وهو أصح القولين. وممن قال به ابن القاص.
والقول الثاني: أنها مقبولة.
انظر: أدب القاضي لابن القاص 1/ 306، وروضة الطالبين 11/ 245.

والفرق بين شهادته عند القاضي، وبين شهادته بالأيمان: أن الشهادة عند القاضي[1] مبنية على أوصاف مخصوصة في الكمال؛ ولذلك اشترطنا في الشاهد شرائط معلومة وهي: الكمال[2]، وهذه الصفة وهي: الخرس، أو البكم تسلب[3] صفة الكمال بالتأثير[4] في خصائص الشهادة، إذ العبارة[5] من خصائصها، وأيضاً فإن الشهادة إذا تضمنت ريبة، وتمثلاً[6]، واحتمالاً لم تصلح لتنفيذ القضاء بها، وهذه الإشارة بمحل التمثل والاحتمال؛ فلذلك فصلنا في حقه بين الشهادة، وبين سائر أحكامه.

مسألة (583): إذا لاعن الرجل زوجته وهي[7] من أهل[8] اللعان، فإذا لم تقابل لعانه باللعان[9] وجب عليها الحد[10]. ولو كان النكاح نكاح شبهة وأتت[11] بولد/ ، فلاعنها، فنكلت ولم تقابل لعانه، **فمن أصحابنا من قال**: (253/أ) لا حد عليها[12].

(1) في /ج: (عند القضاة).
(2) (وهي الكمال) ساقط من /أ.
وانظر: شروط الشاهد في: مغني المحتاج 4/ 427، ونهاية المحتاج 8/ 292.
(3) في /أ: (فسلب).
(4) في /أ: (بالناس).
(5) في /أ: (إذا أجاره).
(6) في /أ: (وتمثيلاً).
والتمثل: من المثل، وهو: الزعزعة.
انظر: لسان العرب 11/ 610، ومعجم مقاييس اللغة 5/ 294.
(7) في /أ: (وهو).
(8) (أهل) ساقط من /ج.
(9) في /أ: (اللعان).
(10) انظر: مغني المحتاج 3/ 380، وروضة الطالبين 8/ 356، ونهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة: 180 ـ أ.
(11) في /أ: (فأنت).
(12) وممن قال بذلك القفال.
وقيل: يلزمها الحد إذا لم تلاعن. وممن قال بذلك القاضي الطبري.
انظر: روضة الطالبين 8/ 335-336، وبحر المذهب. خ. ج 14 ورقة: 197 ـ ب، 198 ـ أ، ونهاية المطلب. خ. ج 7. ورقة 182 ـ أ.

والفرق بين النكاحين: أن النكاح إذا كان بشبهة، فجريان اللعان بينهما بسبب الولد.

ألا ترى أن الولد لو كان مفقوداً لم يجر بينهما لعان[1]، وإذا كان اللعان مختصاً بالنسب، فليس عليها المقابلة؛ لأن لعانها لا يغير حكم النسب، وإنما تستفيد باللعان درأ الحد عن نفسها.

ألا ترى: أن الأب لو نفى ولاعن، والمرأة تدعي أن الولد ولده وتذكر[2] الولد في اللعان للإثبات[3]، فلا اعتبار[4] بقولها، ولا يثبت النسب بإثباتها[5]؛ فلذلك لم نأمرها بمقابلة[6] اللعان.

فأما إذا كان النكاح صحيحاً، فاللعان في ذلك النكاح غير مختص بنفي النسب، ألا ترى أنه لو قذفها ولم يكن هناك ولد كان له أن يلاعنها[7]، ويتعلق بلعانه رفع الفراش ودرأ الحد؛ فلذلك لزمها مقابلة اللعان باللعان.

وعلى هذا الأصل قال بعض أصحابنا: إذا أغفل[8] القاضي ذكر الولد في اللعان ففرغا أعاد اللعان عليه بذكر الولد إن أراد نفي النسب، وليس عليها إعادة اللعان؛ لأن فائدة لعانه موجودة وهي نفي[9] النسب، ولعانها في هذا الموضع لا

(1) في /ج: (اللعان).
وانظر: روضة الطالبين 8/ 336، وبحر المذهب.خ. ج 14. ورقة: 197 ـ ب.

(2) في /ج: (أن الولد ولده لم تلتعن وتذكر الولد).

(3) على وجه ضعيف. والأصح: أنها لا تحتاج إلى ذكر الولد.
انظر: روضة الطالبين 8/ 351، وبحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 206 ـ أ ـ ب.

(4) في /أ: (ولاعتبار).

(5) انظر: المرجعين السابقين.

(6) في /أ: (مقابلة).

(7) قال النووي: «قال أصحابنا: إذا لم يكن ولد فالأولى أن لا يلاعن، بل يطلقها ان كرهها» أ. هـ.
روضة الطالبين 8/ 328، وانظر: كفاية الأخيار 2/ 75.

(8) في /أ: (اذاعا).

(9) (نفى) ساقط من /أ.

يفيد شيئاً، وقد فرغت من اللعان، فاكتفى القاضي بلعانه وحده في نفي النسب[1].

مسألة (584): إذا قذف الرجل امرأته بزنا[2] برجل سماه، ثم امتنع عن اللعان[3]، فقد قال بعض أصحابنا: يقتصر على حد واحد قولاً واحداً، بخلاف ما لو قذف جماعة بكلمة واحدة ففيه قولان: أحدهما: أنه يحد حداً واحداً[4]، والثاني: أن لكل واحد منهم حداً[5].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا قذف جماعة بكلمة واحدة فقد قذف كل واحد منهم بزنا سوى زنا الآخر، فإذا قذفهم بأفعال معدودة توجه عليه حدود متعددة[6] على عدد المقذوفين.

فأما إذا قذف امرأته برجل، فقد قذفهما بزنا واحد، وإن كان قد ألحق بكل واحد منهما عاراً؛ فلذلك اقتصرنا على حد واحد عند نكوله، وكذلك اقتصرنا على لعان يجمعهما[7] فيه إذا[8] رغب في اللعان[9].

(1) حكاه الروياني عن نص الشافعي. وحكى قولاً آخر فقال: «وقال في موضع من الأم تعيد الزوجة لعانها بعد لعانه، وليس هذا على الوجوب، بل على الاختيار حتى لا ينفرد الزوج بلعان لا تساويه الزوجة». أ. هـ. بحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 206 ـ ب، وانظر: روضة الطالبين 8/ 351، وكفاية الأخيار 2/ 75.

(2) (بزنا) ساقط من / أ.

(3) في / أ: (من اللعان).

(4) وهذا قول أبي إسحاق المروزي. وهو أحد الطريقين.
الطريق الثاني: في المسألة قولان، كما لو قذف رجلين بكلمة واحدة. انظر: المهذب 2/ 275، وحلية العلماء 8/ 44، وبحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 207 ـ ب.

(5) وهو القول الصحيح المنصوص عليه في الجديد.
انظر: مختصر المزني / 262، وحلية العلماء 8/ 43، والمهذب 2/ 275.

(6) في / ج: (معدودة).

(7) في / أ: (لجمعهما).

(8) في / أ: (وإذا).

(9) انظر هذا الفرق في بحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 207 ـ ب.

وقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا أقر رجل أنه زنا بفلانة، ثم رجع عن إقراره، فليس عليه حد الزنا، ولا حد القذف»[1]، فقد أُدرِجَ أحد الحكمين تحت الثاني، وإلا فمعقول أن القاذف/ لا ينفعه الرجوع عن القذف في حق المقذوف، (253/ب) وفي حقه.

مسألة (585): النكاح إذا كان قائماً بين الزوجين، فقذفها وهي حبلى جاز أن يلاعنها، وينفي حملها قولاً واحداً[2]، وإن بانت وبها حمل، فهل يلاعنها بعد البينونة؛ لنفي الحمل؟ فعلى قولين[3].

والفرق بين الحالتين[4]: أنها إذا كانت في صلب النكاح فللزوج لعانها سواء كان هناك ولد، أو لم يكن[5] هناك ولد[6]، فليس[7] يعتمد اللعان نفي النسب في هذه الحالة، وإنما يعتمد الفراش، فيصير النسب[8] تبعاً له[9].

فأما إذا بانت فاللعان بعد البينونة مختص بالنسب، والنسب حمل، والقول في

---

(1) انظر الأم 6/ 155.

(2) وهو المذهب.
وقيل: فيه قولان.
انظر: روضة الطالبين 8/ 357، والمهذب 2/ 122-123، وبحر المذهب خ. ج ـ 14. ورقة: 194 ـ ب.

(3) القول الأول: أنه لا يلاعن حتى ينفصل.
القول الثاني: أنه يلاعن. وهو الصحيح؛ لأن الحمل موجود في الظاهر. ومحكوم بوجوده.
انظر: المهذب 2/ 123، وروضة الطالبين 8/ 357، وبحر المذهب. خ. ج 14. ورقة: 194 ـ ب.

(4) في /أ: (الحالين).

(5) في /أ: (ولم يكن).

(6) انظر: بحر المذهب.خ. ج 14. ورقة: 194 ـ ب.

(7) في /أ: (وليس).

(8) في /أ: (في النسب).

(9) انظر: بحر المذهب خ. ج 14 ورقة: 194 ـ ب، والمهذب 2/ 123.

الإحاطة بالحمل مختلف[1]؛ فلذلك اختلف القول في اللعان على الحمل بعد البينونة، وكان[2] لعان العجلاني على الحمل[3]، ولكنه لعان صادف صلب النكاح؛ فلذلك افترقت الحالتان.

---

(1) أي هل يعلم، أم لا. وتقدم ذكر الخلاف في ذلك.
انظر جـ1 ص 384 هامش 7.

(2) في / ج: (فكان).

(3) حديث العجلاني مخرج في الصحيحين بروايات وطرق عديدة، وتقدم تخريج طرف منه، وأما الرواية التي فيها ذكر الحمل، فقد وردت في حديث سهل بن سعد الساعدي ولفظ الحديث في صحيح مسلم: حدثنا يحيى بن يحيى قال: قرأت على مالك عن ابن شهاب، أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويمرا العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: أرأيت يا عاصم: لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً. أيقتله فتقتلونه؟ أم كيف يفعل؟ فسل لي عن ذلك يا عاصم! رسول الله. ﷺ ـ. فسأل عاصم رسول الله ـ ﷺ ـ فكره رسول الله ـ ﷺ ـ المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ـ ﷺ ـ فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال: يا عاصم! ماذا قال لك رسول الله ـ ﷺ ـ؟ قال عاصم لعويمر: لم تأتني بخير قد كره رسول الله ـ ﷺ ـ المسألة التي سألته عنها. قال عويمر: والله لا أنتهي حتى أسأل عنها. فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله ﷺ وسط الناس. فقال: يا رسول الله! أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه؟ أم كيف يفعل فقال رسول الله ـ ﷺ ـ: «قد نزل فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها». قال سهل: فتلاعنا، وأنا مع الناس عند رسول الله ـ ﷺ ـ فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله! إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم.
قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين.
ثم ذكر مسلم رواية أخرى فقال: «وحدثني حرملة بن يحيى أخبرنا ابن وهب. أخبرني يونس عن ابن شهاب، أخبرني سهل بن سعد الأنصاري أن عويمر الأنصاري من بني العجلان أتى عاصم بن عدي وساق الحديث بمثل حديث مالك، وأدرج في الحديث قوله: وكان فراقه إياها بعد سنة في المتلاعنين. وزاد فيه: قال سهل: فكانت حاملاً فكان ابنها يدعى إلى أمه، ثم جرت السنة أنه يرثها وترث منه ما فرض الله لها» أ. هـ.
صحيح مسلم / كتاب «اللعان» حديث (1492).
وأخرجه البخاري بلفظ قريب منه في كتاب «الطلاق» باب «التلاعن في المسجد» حديث (52).
وانظر ص: 324 هامش 5.

مسألة (**586**): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: لو أن رجلاً طلق امرأته طلاقاً بائناً ومضت أربع سنين، فأتت بولد بعد ذلك وادعت أن الولد من الزوج لمراجعة[1] كانت، أو وطء بشبهة[2]، فالولد منفي[3] عنه بلا لعان، والقول قول الزوج مع يمينه أنه لم يراجعها ولم يطأها، ولم يجعل الشافعي ـ رحمه الله ـ للمرأة أن تحلف[4].

وقال الشافعي: «لو ولدت امرأة ولداً[5] فقال: ليس مني، فلا حد ولا لعان حتى يقفه[6]. فإن قال: لم أقذفها ولم تلده، أو ولدته من زوج قبلي ـ وقد عرف نكاحها قبله ـ فلا يلحقه إلا بأربع نسوة يشهدن[7] أنها ولدته وهي زوجة له لوقت يمكن أن تلد منه[8] لأقل الحمل، وإن سألت يمينه أحلفناه وبرىء، وإن نكل أحلفناها ولحقه»[9].

فأحلف الشافعي ـ رحمه الله[10] ـ الأم في هذه المسألة، ولم يحلفها في المسألة الأولى[11].

والفرق بين المسألتين: أن الفراش في المسألة الأولى مرتفع منقطع بالبينونة

---

(1) في /أ: (بمراجعة).
(2) في /أ: (شبهة).
(3) في /أ: (منتفي).
(4) انظر: الأم 5/ 222، ومختصر المزني / 219.
(5) في /أ: (ولد).
(6) في /أ: (حتى ينفيه)، وفي /جـ: (حتى يقصد) والمثبت من نص الشافعي. ويقفه: من الوقوف. والمعنى: فلا حد ولا لعان حتى يستوقفه الحاكم ويسأله.
انظر: لسان العرب 9/ 359-360، والصحاح 4/ 1440.
(7) في /أ: (يشهدون).
(8) في /أ: (أن تلزمه).
(9) انظر: الأم 5/ 293-294، ومختصر المزني / 212.
(10) (الشافعي ـ رحمه الله ـ) ساقط من /أ.
(11) في /جـ: (دون الأولى).

السابقة، فلو استحلفناها فكأنما نستحلفها[1] لإثبات فراش؛ لأن النسب يترتب على الفراش، ولا سبيل إلى [إثبات الفراش بيمينها.

فأما في المسألة الثانية فإن الفراش قائم، وإنما اختلفا في ولادتها على][2] الفراش، فإذا استحلفناها لم يكن ذلك الاستحلاف لإثبات الفراش، وإنما ترجع[3] فائدته وحقيقته إلى إثبات[4] الولادة على الفراش؛ فلذلك فصلنا بين المسألتين. فكانت هذه الطريقة أصح وأقوم من طريق التسوية وتخريج القولين[5].

مسألة (587): قال الشافعي / ـ رحمه الله ـ: إذا قال الرجل لابنه: لست بابني لم (254/أ) يكن هذا قذفاً حتى يسأل؛ لأنه يمكن أن يعزيه إلى حلال[6].

وقال أيضاً: لو قال الرجل لابن ملاعنة[7]: لست بابن فلان أُحْلِفَ أنه ما أراد قذف أمه[8]، فجعل ظاهره قذفاً.

---

(1) في /أ: (استحلفها).
(2) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(3) في /ج: (رجع).
(4) في /ج: (على اثبات).
(5) هذا هو الطريق الثاني في المسألتين وهو جعل كل مسألة على قولين، بالنقل والتخريج.
انظر: روضة الطالبين 8/ 319، ونهاية المطلب.خ. ج 7. ورقة: 193 ـ أ.
(6) انظر: مختصر المزني / 213، والأم 5/ 288.
(7) في /أ: (لابن ملاعنيه)، وفي /ج: (لابن آخر) والمثبت من نص الشافعي.
(8) في /أ: (القذف لأمه).
وانظر: مختصر المزني / 213، والأم 5/ 296.
واختلف الأصحاب في هاتين المسألتين المنصوصتين على طرق:
الطريق الأول: ـ وهو المذهب ـ: تقرير النصين والتفريق بينهما، كما فعل المؤلف.
الطريق الثاني: جعل كل مسألة على قولين بالنقل والتخريج.
القول الأول: أن اللفظ صريح في القطف فيهما.
القول الثاني: أنه كناية فيهما.
الطريق الثالث: القطع بأنه ليس صريح فيهما، وتأويل النص على ما إذا نواه.
الطريق الرابع: القطع بأنه صريح فيهما.
انظر: روضة الطالبين 8/ 317-318، ونهاية المطلب خ. ج 7 ورقة: 192، والمهذب 2/ 274، والوسائل في فروق المسائل خ. ورقة: 99 ـ أ.

والفرق بين المسألتين: أن الرجل مضطر في ابنه إلى تأديبه وتهذيبه بالكلام وغيره، فلا يحمل هذا الكلام منه على قصد السوء وإرادة القذف.

فأما الأجنبي فليس له[1] في ولد الأجنبية مثل هذا القصد، ولا نسب بينه وبينه، فإذا تلفظ بهذا اللفظ[2] كان ظاهره أنه قذف للأم[3] فتوجه عليه الحد، ولم يتوجه الحد لأم الولد على الوالد[4].

مسألة (588): المرأة إذا أتت[5] بولد فلاعنها ونفاه، فأتت بولد آخر لأقل من ستة أشهر من وقت ولادة الأول[6] نظرنا فيه: فإن كان اللعان في نفي الأول صادف صلب النكاح قلنا له: إن لاعنت لنفي الثاني انتفى الولدان عنك، وإن امتنعت ألحقناهما بك ولا حد عليك، وإن كان اللعان الأول بعد البينونة بقذف بعد البينونة فنفى الولد، ثم امتنع عن اللعان؛ لنفي الولد الثاني ألحقنا به الولدين وعليه الحد[7].

والفرق بين المسألتين: أن اللعان إذا صادف الفراش ففائدته غير مقصورة على نفي النسب، ولكن النفي بعض فوائده ومقاصده، فإذا امتنع عن اللعان الثاني بطلت[8] فائدته في النسب وبقيت[9] فائدة اللعان في درء الحد.

فأما إذا كان اللعان الأول؛ لقذف بعد البينونة ففائدته مختصة بنفي النسب.

---

(1) في /أ: (فليس إليه).
(2) في /ج: (بهذا الكلام).
(3) في /ج: (الأم).
(4) في /أ: (على الولد).
وانظر هذا الفرق في: روضة الطالبين 8/ 317، والمعاياة. خ. ورقة: 140 ـ ب، والوسائل في فروق المسائل.خ. ورقة: 99 ـ أ.
(5) في /أ، ج: (إذا كانت أتت) والصواب: حذف «كانت» كما هو المثبت.
(6) في /ج: (الولادة الأولى).
(7) انظر: روضة الطالبين 8/ 358، ونهاية المطلب خ. ج 7 ورقة: 194 ـ ب.
(8) في /أ: (تطلب).
(9) في /أ: (بقي).

ألا ترى أن الولد لو كان مفقوداً[1] لم يكن له اللعان[2]، فإذا امتنع عن اللعان[3] في حق الولد الثاني التحق به الولدان، وبطلت[4] فائدة اللعان الأول فيما هو مقصوده، فبقي قاذفاً بعد البينونة غير ملاعن؛ فلذلك وجب عليه الحد.

ولو كانت المسألة بحالها غير أن المدة بين الولدين كانت أكثر من ستة أشهر فذلك على حالين[5]؛ **أحدهما**: أن تكون الولادة الأولى على الفراش[6]، ثم يزول ذلك[7] الفراش بطلاق، ثم يلاعن لنفي الولد، أو يزول[8] باللعان.

والحالة الثانية: أن تقع الولادة الأولى بعد ارتفاع الفراش.

فإن وقعت في الفراش، ونفى الولد الأول باللعان، ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الولادة /الأولى، ولأقل من أربع سنين من وقت الفراق: **(254/ب)** فإن[9] لاعن؛ لنفي الولد الثاني[10] انتفى عنه، وإن امتنع عن اللعان التحق به الولد الثاني، ولا يلتحق به[11] الأول، ولو وقعت الولادة الأولى بعد زوال الفراش، فالتعن ونفاه، ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الولادة الأولى، فالولد الثاني منفي عنه بلا لعان[12].

---

(1) في /أ، جـ: (مقصوداً) والصواب ما أثبت.

(2) في /أ: (لعان).

وانظر: روضة الطابين 8/ 337، ومغني المحتاج 3/ 382.

(3) في /جـ: (من اللعان).

(4) في /أ: (وبطل).

(5) في /أ: (فذلك حالتين).

(6) في /أ: (من الفراش).

(7) (ذلك) ساقط من /جـ.

(8) في /أ: (ويزول).

وما أثبته من /جـ أولى بسياق الكلام فالمراد بالذي يزول: الفراش.

(9) (فان) ساقط من /أ.

(10) (الثاني) ساقط من /أ.

(11) (به) ساقط من /جـ.

(12) انظر: نهاية المطلب خ. جـ 7 ورقة: 194 ـ ب، 195 ـ أ، وروضة الطالبين 8/ 358.

والفرق بين المسألتين: أن الإصابة في المسألة الأولى بعد القذف والولادة وقبل اللعان: موهومة، فيحتمل أن يكون الولد الثاني من علوق في النكاح[1] وكل ولد اتصف بهذه الصفة لم ينتف إلا بلعان.

فأما في المسألة الثانية فلا يحتمل أن يكون الولد الثاني من علوق في النكاح، ومثل هذا الولد ينتفي بلا لعان، وكيف يحتمل أن يكون من علوق في النكاح وقد[2] ولدت الولد الأول بعد البينونة؟ فمن المحال توهم علوق الثاني قبل البينونة وبينهما سبعة أشهر، والحمل الواحد لا يمتد[3] هذه المدة قط.

مسألة (589): إذا قذف الرجل أجنبية، ثم تزوجها، ثم قذفها ثانياً، فطلبت حقها، فلاعنها في القذف[4] الثاني وجب عليه الحد للقذف[5] الأول، فإن لم يلتعن، فعليه حدان: حد[6] للقذف الأول، ثم يجلس[7] حتى يبرى جلده، ثم يحد حداً ثانياً للقذف الثاني[8]، ولو لم يتزوجها، وقذفها مرتين، فعليه حد واحد[9].

والفرق المسألتين: أنه إذا لم يتزوجها كان القذفان من جنس واحد: قذف حد، لا لعان - ولم يتخللهما[10] الاستيفاء فحكمنا[11] بالتداخل، كسائر الحدود إذا تكررت أسبابها قبل الاستيفاء[12].

(1) في /أ: (من علوق النكاح).
(2) (وقد) ساقط من /ج.
(3) في /أ: (لا متد).
(4) في /أ: (في الحق).
(5) في /أ: (حد القذف).
(6) في /ج: (فيحد).
(7) في /أ: (يحبس).
(8) انظر: روضة الطالبين 8/ 339-340، والوجيز 2/ 89.
(9) سواء قذفها بذلك الزنا أو بزنا آخر.
انظر: روضة الطالبين 8/ 339، والمهذب 2/ 275.
(10) في /أ: (ولو لم يتخللهما).
(11) في /أ: (وحكمنا).
(12) انظر: المنثور في القواعد 1/ 276، وروضة الطالبين 10/ 166.

فأما إذا تزوجها، ثم قذفها فهما قذفان متباينان، والتباين ينافي التداخل، والدليل على تباينهما: أن أحدهما قذف لعان، والثاني: قذف حد[1]؛ فلذلك أفردنا كل واحد منهما.

مسألة (590): إذا قذف امرأته وأجنبية معها بكلمة واحدة، فعليه حدان، إلا أن يلتعن، فيسقط أحد الحدين[2].

ولو قذف أجنبيتين[3]، أو جماعة بكلمة واحدة، ففيها قولان:

أحدهما: أن الواجب حد واحد.

والثاني: أنه يجب لكل واحد منهما حد[4].

والفرق بينهما: مثل الفرق في المسألة[5] السابقة: أنه إذا قذف جماعة بكلمة واحدة، فأحكامهم[6] واحدة متفقة[7] ليست بمتباينة[8]، فجاز أن تتداخل[9] حدودهم وحقوقهم.

---

(1) وهو قذف ما قبل الزوجية.

(2) إذا لم يلتعن ففي تعدد الحد واتحاده طريقان:

الطريق الأول: وهو الأصح ـ تخريجهما على قولين بناء على قذف الجماعة بالكلمة الواحدة.

الطريق الثاني: القطع بالتعدد؛ لاختلافهما في الحكم، فإن حد الزوجة يسقط باللعان، دون الآخر.

انظر: روضة الطالبين 8/ 348، والسلسلة.خ. ورقة: 128 ـ ب، ومختصر المزني / 214.

(3) في / ج (أجنبيين).

(4) في / ج: (حداً).

والصحيح القول الثاني.

انظر: روضة الطالبين 8/ 346، والمهذب 2/ 275، والسلسلة. خ. ورقة: 128 ـ ب.

(5) في / ج: (مثل الفرق الأول في المسألة).

(6) في / أ: (وأحكامهم).

(7) في / ج: (متماثلة).

(8) في / ج: (متباينة).

(9) في / ج: (فلهذا تداخلت).

(255/أ) وأما الزوجة والأجنبية / فهما مختلفان في الحكم؛ لأن قذف أحدهما يوجب حداً[1] لا محالة، وقذف الأخرى يوجب حداً يسقط[2] باللعان؛ فلذلك افترقتا في الحكم.

مسألة (591): إذا قذف مرتدة أو قذف[3] غير عفيفة فلا حد عليه، لعدم الإحصان في المقذوفة[4] بلا خلاف على المذهب[5].

ولو قذف عفيفة، فزنت بعد القذف وقبل الحد سقط الحد[6]، ولو قذفها فارتدت لم يسقط الحد عن القاذف[7].

والفرق بين الزنا الحادث[8] والارتداد الحادث[9]: أنها متى ما زنت تداعت[10] تلك الصفة إلى ما سبق من الزمان ودل صنيعها على عدم حقيقة العفة فيما تقدم، فبان أنه قذف غير عفيفة، أو قذف من كان[11] في[12] عفتها ريبة وشبهة.

(1) في / ج: (موجب حد).
(2) في / ج: (وحد الأخرى يسقط).
(3) (قذف) ساقط من ج.
(4) في / ج: (في المقذف).
(5) لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (4)﴾ النور.
فدل على أنه إذا قذف غير المحصن لم يجلد.
انظر: المهذب 2/ 272، وروضة الطالبين 8/ 321، وكفاية الأخيار 2/ 114.
(6) على المشهور.
انظر: روضة الطالبين 8/ 324، والمهذب 2/ 273، وكفاية الأخيار 2/ 114.
(7) على الصحيح.
وقيل: يسقط.
انظر: روضة الطالبين 8/ 324، والمهذب 2/ 273.
(8) (الحادث) ساقط من / أ.
(9) (الحادث) ساقط من / أ.
(10) في / أ: (تراعى).
(11) في / ج: (من كانت).
(12) (في) ساقط من / أ.

وأما الردة العارضة فلا تكون دلالة على أنها كانت قبل ذلك مرتدة ولا زانية، فصار كما لو جُنّت بعد القذف لم يسقط الحدّ عن القاذف؛ لأن الجنون العارض لا يدل على جنون سابق[1]، فكذلك الارتداد.

وأما مذهب المزني فهو: أنها وإن زنت[2] بعد القذف فالحد لا يسقط عنه، كما لا يسقط بعد الارتداد[3]، إذا كانت عند القذف ظاهرة العفاف[4].

مسألة (592): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو لاعنها، ثم قذفها، فلا حد لها[5]، كما لو حُدَّ لها[6]، ثم قذفها لم يحد لها ثانية وإن عاد عزر»[7].

فقال بعض أصحابنا: إن قذفها بذلك الزنا، فلا حد عليه، وإن قذفها بزنا آخر، فعليه الحد[8].

والفرق بينهما: أن الزنا الأول قد ثبت عليها[9] بلعانه.

ألا ترى: أنها صارت محدودة فيه[10].

وأما الزنا الثاني، فلم يثبت عليها بذلك اللعان، فلم تبطل[11] عفتها[12] مع

(1) انظر: روضة الطالبين 8/ 333-334، والمهذب 2/ 275.
(2) في /ج: (ولو زنت).
(3) في /ج: (كما لا يسقط بالارتداد).
(4) في /أ: (في العفاف).
وذكر الشيرازي مذهب المزني وقال: «وهذا خطأ». أ. هـ.
المهذب 2/ 273، وانظر: روضة الطالبين 8/ 324.
(5) في /ج: (لم يحد لها).
(6) (كما لو حد لها) ساقط من /أ.
(7) انظر: مختصر المزني / 214، والأم 5/ 296.
(8) انظر: روضة الطالبين 8/ 338، والمهذب 2/ 128.
(9) في /أ: (عليه).
(10) (فيه) ساقط من /أ.
(11) في /أ: (ولم تبطل).
(12) في /أ: (عتفها).

مقابلتها[1] لعانه بلعانها[2]، ألا ترى: أنها لو قابلت اللعان باللعان لم يقم عليها حد الزنا، والشافعي ـ رحمه الله ـ أطلق القول إطلاقاً، ولم يفصل بين وجود المقابلة منها[3]، وعدم المقابلة.

ومن أصحابنا من عمم القول، فقال: لا حد عليه بعدما لاعنها سواء قذفها بذلك الزنا، أو بغير ذلك الزنا، وجرى على ظاهر كلام[4] الشافعي ـ رحمه الله ـ محتجاً: بأن لعانه، كالبينة القائمة عليها بالزنا في حقه[5]، ولو أقام شهوداً على زناها، ثم قذفها لم يحد، ولكن يعزر[6]، فكذلك إذا لاعنها.

مسألة (593): إذا لاعن الرجل[7] امرأته، ثم قذفها أجنبي بذلك الزنا الذي تعلق اللعان به بعدما قابلت اللعان[8] باللعان[9] فعلى الأجنبي الحد[10]، ولو قذفها / (255/ب) زوجها بذلك الزنا لم يلزمه الحد، وإنما يستحق التعزير[11].

والفرق بين الشخصين: أن الزوج إذا لاعن حكمنا في حقه بتصديقه فيستحيل إقامة الحد عليه فيما مضى الحكم فيه بالتصديق.

وأما الأجنبي إذا قذفها بذلك الزنا فإنه لم يصدق نفسه، وليس اللعان كالبينة إذا قامت عليها؛ لأن البينة تعم فائدتها ومقتضاها، وأما اللعان ففائدته خاصة وليست بعامة.

---

(1) في / أ: (مع مقابلتها).
(2) (لعانه بلعانها) ساقط من / أ.
(3) (منها) ساقط من / أ.
(4) في / أ: (وجرى على هذا كلام).
(5) وممن قال ذلك ابن القاص في التلخيص.
انظر: التلخيص خ. ورقة: 82 ـ ب.
(6) انظر: روضة الطالبين 8/ 332، ومغني المحتاج 3/ 382.
(7) (الرجل) ساقط من / أ.
(8) (اللعان) ساقط من / ج.
(9) (باللعان) ساقط من / أ.
(10) انظر: الأم 5/ 296، ومختصر المزني / 214، والمهذب 2/ 128.
(11) سبق ذكر هذه المسألة.
انظر: المسألة السابقة.

وذكر الشافعي ـ رحمه الله ـ في جانب الزوج علة[1]، وقال: «لو لاعنها، ثم قذفها، فلا حد لها، كما لو حد لها[2]، ثم قذفها لم يحد[3] لها ثانية»[4].

فجعل اللعان في هذه المسألة شبيه بالعقوبة[5] عليه. ومن عوقب في قذف شخص، ثم قذفه بذلك الزنا مرة ثانية استحق التعزير في القذف[6] الثاني، ولم يستحق الحد[7].

وأما الأجنبي فلم يتصور فيه ما يكون كالعقوبة.

فإن قال قائل: وأي عقوبة في اللعان واللعان أيمان[8]؟.

قلنا: اللعان أيمان، ولكنها أيمان تستعقب ذكر اللعنة والغضب على جهة اللزوم والوجوب، وهذا المعنى مفقود في سائر الأيمان وفي سائر الشهادات.

فإن قيل: قد استنكرتم[9] على أهل[10] العراق مصيرهم إلى أن اللعان[11] عقوبة[12]، ثم دخلتم فيما استنكرتم[13] عليهم!!.

---

(1) في /أ: (عليه).
(2) (كما لو حد لها) ساقط من /أ.
(3) في /أ: (لم يجب).
(4) انظر: مختصر المزني /214، والأم 5/ 296.
(5) في /ج: (العقوبة).
(6) (القذف) ساقط من /أ.
(7) انظر: المهذب 2/ 275، والتنبيه / 244.
(8) تقدم قول الشافعي في ذلك في ص: 337.
(9) في /ج: (قد أنكرتم).
(10) في /أ: (على هذا).
(11) في /أ: (تفسيرهم اللعان).
(12) موجب قذف الزوج الزوجة عند الأحناف اللعان. وعند الشافعية موجبة الحد، ولكن للزوج إسقاطه باللعان.
انظر: المبسوط 7/ 39، وبدائع الصنائع 3/ 238، وروضة الطالبين 8/ 327-328، وحلية العلماء 7/ 206-207، والوجيز 2/ 86-87.
(13) في /ج: (أنكرتم).

قلنا: إنما جعلوا[1] اللعان مغنياً عن الحد[2]، حتى قالوا: إذا لاعنها حبست[3] حتى تلتعن، وإن نكلت[4] لم تحد حد الزنا[5]، وكذلك يقولون في جانب الزوج: إذا نكل عن اللعان يحبس حتى يلاعن على إحدى روايتهم[6]، وهذا مما لا نقول به[7]، ولكن جعلنا اللعان أيماناً ووقرنا[8] عليه شبه العقوبة في هذه المسألة؛ لما فيه من العقوبة باللعنة[9]، كما وقرنا[10] عليه حكم الشهادات في بعض المسائل؛ لما فيه من لفظ الشهادة[11].

---

(1) في /أ: (ألا أنهم جعلوا).

(2) في /أ: (على الحد).

(3) في /أ: (جلست).

(4) (وإن نكلت) ساقط من /أ.

(5) انظر: المبسوط 7/ 40، وبدائع الصنائع 3/ 239.

(6) والرواية الثانية: أنه يحد حد القذف.
انظر: الفتاوى الهندية 1/ 516، وبدائع الصنائع 3/ 238، والمبسوط 7/ 39.

(7) في /أ: (مما نقوله).
المذهب عند الشافعية أنه لا يجبر الزوج على اللعان، بل له الامتناع وعليه حد القذف، وكذلك المرأة لا تجبر على اللعان بعد لعانه.
انظر: روضة الطالبين 8/ 356، وكفاية الأخيار 2/ 76.

(8) في /أ: (ووفرنا).
الوقر: بالكسر: الحمل الثقيل، وعم بعضهم به الثقيل والخفيف وما بينهما.
انظر: لسان العرب 5/ 289، والصحاح 2/ 848.

(9) في /أ: (لما عليه من العقوبة فيه).

(10) في /أ، جـ: (وفرنا) والصواب ما أثبت.

(11) قال إمام الحرمين: «يثبت في اللعان من أحكام الشهادة قضية واحدة وهي: أن الزوج إذا لم يلتعن ونكل، ثم رغب فأراد اللعان فله ذلك كما لو لم يقم المدعي بينة، ثم أراد إقامتها» أ. هـ.
نهاية المطلب خ. جـ 7. ورقة: 175 ـ أ ـ ب.
وهناك قضية أخرى في اللعان ثبت فيها حكم الشهادة، وهي: أنه يشترط في اللعان ـ على الأصح؛ ذكر لفظ الشهادة، فلو أبدلها بلفظ: أحلف بالله، وأقسم لم يصح.
انظر: مغني المحتاج 3/ 375، وروضة الطالبين 8/ 352.

مسألة (594): إذا شهد شاهدان على رجل بأنه قذف امرأتيهما[1] فشهادتهما مردودة قولاً واحداً[2].

وإن شهد[3] الرجل لامرأته ففي شهادته قولان:

أحدهما: أنها مقبولة.

والثاني: أنها مردودة[4].

والفرق بين الشهادتين: أنه إذا شهد لامرأته بمال لم تتضمن هذه الشهادة تهمة[5] عداوة بين الشاهد والمشهود له عليه.

فأما إذا شهد لها بحد قذف فشهادته قد تضمنت عداوة[6] ظاهرة؛ لأن[7] من قذف زوجة رجل صار ذلك القذف عداوة بين القاذف وبين زوج المقذوفة، والعداوة إذا ظهرت[8] تعلق بها رد الشهادة[9].

---

(1) في / أ: (أم أبيهما).

(2) أي قولاً واحداً للشافعي.
أما الأصحاب فاختلفوا في ذلك. قال إمام الحرمين: «فأما شهادة الرجل بقذف زوجته فينبني أولاً على شهادة الزوج هل تقبل لزوجته؟ وفيه اختلاف قول سيأتي في الشهادات إن شاء الله. فإن قبلنا شهادة الزوج لزوجته فهل تقبل شهادته بقذفها؟ اختلف أصحابنا، فمنهم من قال: إنها مقبولة، كما لو شهد لها بقصاص، أو مال. ومنهم من قال: لا تقبل، فإن الشهادة لقذفها يتضمن إظهار عداوة القاذف، والرجل يتعيّر بقذف زوجته، كما يتغير بقذف نفسه» أ. هـ نهاية المطلب.خ. جـ 7. ورقة: 207 ـ أ، وذكر صاحب المواكب العلية: أن الأرجح القبول. انظر: المواكب العلية / 69، ومختصر المزني / 215، والأم 5/ 297.

(3) في / جـ: (وإذا شهد).

(4) والقول الأول أظهر.
انظر: الوجيز 2/ 250-251، وروضة الطالبين 8/ 237، وحلية العلماء 8/ 261.

(5) في / جـ: (تهمته).

(6) في / أ: (قد تضمنت تهمة عداوة).

(7) في / أ: (لا).

(8) في / أ: (إذا تظاهرت).

(9) فلا تقبل شهادة العدو على عدوه.
انظر: المهذب 2/ 330، وروضة الطالبين 8/ 237.

(256/أ) مسألة (595): / إذا قذف رجل رجلين فقالا: عفونا عنك، ثم شهدا عليه بحق كانت شهادتهما مقبولة[1].

ولو شهدا ثم عفوا، ثم أعادا[2] شهادتهما المردودة لم تسمع ولم تقبل[3].

والفرق بينهما[4]: أنها[5] صارت[6] مردودة لعلة التهمة وهي تهمة العداوة، وكل[7] شهادة ردت للتهمة[8] لم تقبل بعد الرد.

ولذلك قلنا: إذا شهد المكاتب لسيده[9] وشهد السيد لمكاتبه استويا في الرد[10]، فلو أعادا[11] بعد عتقه قبلنا[12] شهادة [المكاتب[13]، ولم نقبل شهادة السيد[14]؛ لأن شهادة][15] المكاتب مردودة للرق، لا للتهمة، وشهادة السيد

(1) انظر: روضة الطالبين 8/ 237-238، ونهاية المطلب.خ. ج 7 ورقة: 207 ـ ب.
(2) في /أ: (عادا).
(3) في /أ: (لم تقبل ولا تسمع).
وانظر: روضة الطالبين 8/ 238، والمهذب 2/ 332.
(4) (والفرق بينهما) ساقط من /أ.
(5) في /أ: (لأنها).
(6) في /ج: (إذا صارت).
(7) في /أ: (فكل).
(8) في /أ: (التهمة).
(9) (لسيده) ساقط من /أ.
(10) انظر: روضة الطالبين 11/ 222، 234، وأدب القاضي لابن القاص 1/ 308، والمهذب 2/ 331.
(11) في /أ: (فلو عاد).
(12) في /أ: (قلنا).
(13) انظر: المهذب 2/ 331، وأدب القاضي لابن القاص 1/ 312.
(14) على أصح الوجهين.
الوجه الثاني: أنها تقبل؛ لأن السيد قبل عتق العبد ينسب لنفسه حقاً بشهادته، وقد زال هذا المعنى بالعتق.
انظر: المهذب 2/ 331-332، وأدب القاضي لابن القاص 1/ 313.
(15) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

مردودة للتهمة، فلا نقبلها، وإن ارتفعت[1] التهمة، كما لا تقبل شهادة الفاسق إذا حسنت حالته وأعادها[2] في ذلك الشيء بعينه[3]، وعلى هذا بناء الشهادات.



(1) في / أ: (وإذا ارتفعت).

(2) في / أ: (إذا حسب عادته فأعادتها).

(3) انظر: أدب القاضي لابن القاص 1/ 312، وروضة الطالبين 11/ 238، والمهذب 2/ 332.

كتاب العدد

مسألة (596): المرأة إذا كانت ذات قرء وطلقها زوجها في بقية طهرها، فقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إن بقية الطهر يحسب لها قرءاً[1] ولو كانت طرفة عين»[2].

ولو أن رجلاً طلق امرأته وهي طاهر، فراجعها، ثم طلقها من غير مسيس، ففي البناء على العدة[3]، والاستئناف[4] قولان[5].

فإذا قلنا: تستأنف العدة فلا فرق[6].

وإذا قلنا: إنها تبني فلا يحسب[7] ما بين الطلقتين. قبل الرجعة قرءاً قولاً واحداً، وإن كان ذلك زماناً من الطهر[8].

والفرق بين أوله وآخره: أن المرأة بالخروج من آخر طهرها تطعن في الدم، وخروج الدم من أمارة البراءة[9]؛ ولذلك يعلق الاستبراء بخروجه، فحسبنا ذلك

---

(1) في /أ: (طهراً).

(2) انظر: مختصر المزني / 217، والأم 5/ 210.

(3) (على العداة) ساقط من / ج.

(4) في /أ: (أو الاستئناف).

(5) القول الأول: أنها ترجع إلى العدة الأولى فتتمها.
القول الثاني: ـ وهو اختيار المزني وهو الصحيح ـ أنها تستأنف العدة.
انظر: حلية العلماء 7/ 353، والغاية القصوى 2/ 854، والمهذب 2/ 152، ومختصر المزني / 220.

(6) في /أ: (فلا قرع).

(7) في / ج: (فلا تحتسب).

(8) وذكر النووي في المسألة وجهين. أصحهما: أنه لا يحسب.
والثاني: أنه يحسب؛ لأن بعض القرء كالقرء.
انظر: روضة الطالبين 8/ 396، وقليوبي وعميرة 4/ 48.

(9) في /أ: (وخروج الدم أبراه للمرأة).

الزمان اللطيف الذي استعقب الدم[1] قرءاً، لما في الدم من الدلالة الظاهرة، وكل أمارة في البراءة تستفاد[2] بطهر كامل تستعقب[3] الدم، فتلك الأمارة تستفاد[4] بلحظة طهر تستعقب[5] دماً.

فأما أول الطهر فإنه زمان لا يستعقب الدم حتى يستدل بالدم على البراءة، والدم السابق لا ينفع، فإن الطلاق وقع بعده[6] في الطهر، وشرط البراءة الواجبة: حصولها[7] بعد وقوع الطلاق لا قبل وقوعه، فظهر الفرق[8] بينَ أول الطهر وآخره.

والذي يؤكد[9] ما ذكرنا: أنا لو حسبنا ذلك الزمان في أول الطهر قرءاً لزمنا أن نقول: تنقضي العدة بثلاثة أزمنة من طهر واحد مثل: أن يطلقها [طاهراً فيراجعها، ثم يطلقها، ثم راجعها، ثم طلقها][10]، فيجب أن نحكم بأن كل زمان وجد[11] بين طلاق[12] ورجعة، فذلك قرء فيؤدي إلى المحال[13].

مسألة (597): إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق مع آخر / جزء من طهرك، (256/ب)

(1) (الدم) ساقط من / أ.
(2) في / أ: (مستفادة).
(3) في / أ: (مستعقب).
(4) في / أ: (فتلك امارة مستفادة).
(5) في / أ: (مستعقب).
(6) في / أ: (لعدة).
(7) في / أ: (لحصولها).
(8) في / جـ: (والفرق).
(9) في / أ: (يوكل).
(10) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(11) في / جـ: (واحد).
(12) في / أ: (الطلاق).
(13) في / جـ: (إلى المال).

فطعنت في الحيض حكمنا بأن أول قرء من عدتها الطهر المستقبل بعد هذا الحيض[1].

ولو أنه نجز طلاقها في آخر طهرها، فحاضت عقيب التنجيز حكمنا بأن قرءاً قد مضى عليها والطهر المستقبل هو القرء الثاني[2].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا طلقها تنجيزاً، فحاضت، ولم تكن مع تطليقه حائضاً، فلا بد من أن يمضي عليها لحظة لطيفة بين[3] وقوع الطلاق وبين نزوف الدم وظهوره، فحسبنا تلك اللحظة اللطيفة قرءاً لها.

فأما إذا علق وقوع الطلاق بآخر جزء من أجزاء الطهر بحيث لا يتصور[4] أن يمضي عليها عقيب وقوع الطلاق شيء[5] من الطهر قليل ولا كثير فإنما يمضي عليها عقيب الطلاق زمان الحيض، فلم يحسب لها[6] إلا القرء القابل، ولو تصور في التنجيز ما تصور في التعليق وتحقق الموهوم ولم يمضِ عليها بعد وقوع الطلاق سوى زمان الدم سوينا بين المسألتين، غير أن ذلك في التنجيز مستبعد التصوير. وهذا كله على القول المشهور وهو: أن الأقراء هي: الأطهار، فأما من قال: إن[7] القرء هو الانتقال[8] فإنه يقول: إذا طلقها تعليقاً فقال: أنت

---

(1) انظر: حلية العلماء 7/ 316، والسلسلة.خ. ورقة: 131 ـ أ، وروضة الطالبين 8/ 367، والمهذب 2/ 143.

(2) انظر: روضة الطالبين 8/ 366، ومغني المحتاج 3/ 385، وحلية العلماء 7/ 317.

(3) في /أ، جـ: (من) والصواب ما أثبت.

(4) في /أ: (من أجزاء الطهرين فلا يتصور).

(5) في /أ: (الشيء).

(6) (لها) ساقط من /أ.

(7) (إن) ساقط من /جـ.

(8) المراد بالأقراء في العدة: الأطهار، وفي المراد بالطهر هنا قولان ذكرهما المؤلف.
القول الأول: أنه الطهر المحتوش ـ أي: المكتنف ـ بدمين لا مجرد الانتقال إلى الحيض.
القول الثاني: أنه الانتقال من الطهر إلى الحيض دون عكسه.
قال النووي في روضة الطالبين 8/ 367: «وأعلم أن قولهم: القرء هو الطهر المحتوش، أو الانتقال، ليس مرادهم الطهر بتمامه؛ لأنه لا خلاف أن بقية الطهر تحسب قرءاً، وإنما مرادهم: أنه هل يعتبر من الطهر المحتوش شيء، أم يكفي الانتقال؟». أ. هـ.
وانظر: روضة الطالبين 8/ 366، وكفاية الأخيار 2/ 78، والسلسلة خ. ورقة: 131 ـ أ.

طالق مع آخر جزء من أجزاء طهرك، فطعنت في الدم، فقد مر عليها[1] قرء[2].

مسألة (598): الانتقال من الدم إلى الطهر لا يحتسب[3] من أقراء العدة بحال[4]، فأما الانتقال من الطهر إلى الدم، فهو قرء محسوب على قول منصوص في كتاب الرسالة[5].

والفرق بين الانتقالين: أن استرسال الدم وخروجه من الرحم دلالة ظاهرة تدل على البراءة، والبراءة مقصودة في العدة، فإذا[6] طلقها طاهراً، فانتقلت إلى الحيض كان[7] الانتقال دلالة على المقصود فجاز[8] أن نحتسبه[9] قرءاً.

فأما احتباس الدم واستمساكه، فليس بدليل على البراءة، بل هو من أسباب الريبة والاسترابة، فكيف نحسب هذا الانتقال من جملة الأقراء المشروطة[10]؟.

والذي يدل على ما ذكرنا من الفرق: أن الرجل إذا اشترى جارية في آخر

---

(1) في /أ: (فقطع عليها).

(2) (قرء) ساقط في /أ.

وهذا الوجه خرّجه أبو العباس بن سريج. قال الشيرازي في المهذب 2/ 143: «وهذا لا يصح؛ لأن العدد لا يكون إلا بعد وقوع الطلاق فلم يجز الاعتداد بما قبله» أ. هـ.

انظر: حلية العلماء 7/ 316، وروضة الطالبين 8/ 367، والسلسة خ. ورقة: 131 ـ أ.

(3) في /جـ: (لا يحسب).

(4) انظر: روضة الطالبين 8/ 366، ونهاية المطلب. خ. جـ 7. ورقة: 212 ـ أ.

(5) انظر: الرسالة 565-566، والسلسة خ. ورقة: 131 ـ أ.

(6) في /جـ: (وإذا).

(7) في /أ: (فان).

(8) في /جـ: (على المقصود فرا فجار).

(9) في /جـ: (أن نحسبه).

(10) في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾﴾ البقرة.

دمها، فطهرت[1] لم يحل له وطؤها وإن اغتسلت[2]، حتى تمضي عليها الحيضة القابلة بتمامها[3]، ولو كان الدم الماضي دليلاً[4] على البراءة لجعلنا يسير[5] الحيض استبراء في هذه المسألة[6].

مسألة (599): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «العدة معتبرة بالطهر، والاستبراء معتبر بالحيض»[7].

(257/أ) **والفرق بينهما**: أن المقصود من الاستبراء حل الوطء، فلو جعلنا الطهر استبراء / لما حصل[8] مقصود الاستبراء وإن انتهى[9] زمانه؛ لأنها بالفراغ من الطهر تطعن في الدم، والدم ينافي[10] حل الوطء، والمقصود من العدة استباحة العقد، ودم الحيض لا ينافي صحة العقد، فيحصل بطعنها في الدم المقصود من العدة.

---

(1) في / ج: (وطهرت).

(2) في / أ: (فإن اغتسلت).

(3) على أحد الوجهين. وضعفه الغزالي، وصححه الروياني.
انظر: روضة الطلبين 8/ 425، والمهذب 2/ 153.

(4) في / أ: (دليل).

(5) في / ج: (كثير).

(6) وهو الوجه الثاني في المسألة.
وهذا بناء على القول: بأن القرء هو الطهر.
أما إذا قلنا: إن القرء هو: الحيض، لم يكف بقية الحيض، بل يعتبر حيضة كاملة، فلا يتم الاستبراء حتى تطهر، ثم تحيض حيضة، ثم تطهر.
انظر: روضة الطالبين 8/ 426، والمهذب 2/ 153.

(7) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «فكان قصد النبي ـ ﷺ ـ في الاستبراء إلى الحيض وفي العدة إلى الأطهار» مختصر المزني / 226.
وقال أيضاً: «والاستبراء أن تمكث عند المشتري طاهراً بعد ملكها، ثم تحيض حيضة معروفة فإذا طهرت منها فهو الاستبراء» أ. هـ مختصر المزني / 226.
وانظر: الأم 5/ 209، 218، وأحكام القرآن 1/ 244.

(8) في / أ: (ولو جعلنا الاستبراء بالطهر لما حصل).

(9) في / أ: (وأن أنهي).

(10) في / ج: (لم ينافي).

فرق آخر: وهو أن العدة للأزواج على الزوجات وليست على الأزواج[1]، فلما كانت لهم[2] حسبنا العدة زماناً[3] كان لهم، وهو زمان الأطهار، فإنها وقت الاستحلال، ولم نحسبها بزمان كان عليهم وهو زمان الدم.

فأما الاستبراء فإنه على السيد وليس له[4]، وكيف يكون له وهو ممنوع في زمانه عن الإصابة[5]؟ فكان معتبراً بزمان[6] يكون كله[7] عليه وهو زمان الدم.

مسألة (600): الصغيرة إذا اعتدت ببعض الشهور فحاضت فالمنصوص عليه أنها تعتد بعد[8] ذلك بالأقراء[9]. وظاهر[10] هذا الكلام: أنها تعتد بثلاثة أقراء ولا يحتسب[11] طعنها في الدم عن الطهر[12] قرءاً لها[13].

وإذا كانت قبل الطلاق من ذوات الأقراء، فطلقت في بقية طهرها، [فحاضت فقد حسبنا بقية طهرها قرءاً من الأقراء[14].

---

(1) انظر: خبايا الزوايا / 389، وروضة الطالبين 5/ 449-450.
(2) (لهم) ساقط من / ج.
(3) في / أ: (زمان).
(4) في / أ: (فليس له).
(5) في / أ: (على الاصابة).
وانظر: روضة الطالبين 8/ 431، والمهذب 2/ 154.
(6) في / أ: (في زمان).
(7) (كله) ساقط من / ج.
(8) (بعد) ساقط من / أ.
(9) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ولو حاضت الصغيرة بعد انقضاء الثلاثة الأشهر فقد انقضت عدتها، ولو حاضت قبل انقضائها بطرفة خرجت من اللائي لم يحضن واستقبلت الأقراء» أ. هـ. مختصر المزني / 218.
وانظر: الأم 5/ 214.
(10) في / ج: (ظاهر) بدون الواو قبلها.
(11) في / ج: (ولا يحسب).
(12) في / أ: (عند الطهر).
(13) انظر: حلية العلماء 7/ 326، وروضة الطالبين 8/ 370-371.
(14) انظر: مغني المحتاج 3/ 385، ونهاية المحتاج 7/ 129، وروضة الطالبين 8/ 367.

والفرق بين المسألتين: أنها إذا كانت عند الطلاق من ذوات الأقراء توجهت العدة عليها بالأقراء، فحسبنا بقية طهرها][1] من هذا الحساب، ثم[2] جرينا على ذلك حتى أكملنا لها[3] العدة.

فأما إذا كانت[4] عند الطلاق من أهل الشهور، فأول ما وجب عليها وجب من حساب الشهور؛ لأنها حينئذٍ ليست من أهل القرء[5]، [وإنما صارت من أهل القرء][6] بوجود الدم، فاستتبعنا لها الطهر[7] القابل بعد هذا الدم[8] في الاحتساب؛ لأن الطهر الذي قبل الدم لا يسمى[9] قرءاً، فاسم القرء[10] إنما ينطلق على طهر صحيح[11] مخصوص، وهو الطهر الذي يوجد بين حيضيتن.

ومن قال: يحتسب[12] الانتقال إلى الدم قرءاً على القول الذي حكيناه[13] حسب لها انتقالها من الدم قرءاً من الأقراء الثلاثة[14].

مسألة (601): المرأة إذا كان لها حيض معلوم وطهر معلوم اعتبرنا أقراءها المعلومة

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من أ.
(2) (ثم) ساقط من /أ.
(3) (لها) سقط من /أ.
(4) في /أ: (فأما إذا كان).
(5) في /أ: (الأقراء).
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(7) في /أ: (فاستقبالها بقية الطهر).
(8) في /أ: (اليوم).
(9) في /أ: (يسمى) بدون اللام قبلها.
(10) في /أ: (وإنما القرء).
(11) (صحيح) ساقط من /ج.
(12) في /أ: (ايحتسب).
(13) وهو ما حكاه عن الشافعي في كتاب الرسالة.
راجع ص: 363.
(14) وهو قول أبي العباس بن سريج.
انظر: حلية العلماء 7/ 326، ونهاية المطلب خ. ج 7. ورقة: 220 ـ أ ـ ب.

لانقضاء العدة، فربما تمضي عليها العدة[1] في اثنين وثلاثين يوماً وساعتين لطيفتين وذلك أقل ما يحتمل[2].

فأما إذا كانت ناسية مستحاضة، فطلقها زوجها، فقد نص الشافعي - رحمه الله - على أنها تصير إلى ثلاثة شهور[3]، تعتبر بالأهلة كالآيسة[4]، فجعلنا[5] كل شهر في حقها مشتملاً على قرء، وعدتها عند الشافعي - رحمه الله -: بالقرء لا بالشهور، ولكن جعل ثلاثة أشهر محلاً لثلاثة قروء[6]، ولم يعتبر دوراً في الحيض والطهر سوى الهلال[7].

والفرق بين الناسية وغيرها: أنها إذا كانت ناسية لم نجد لها أصلاً نردها إليه في /مقدار الحيض والطهر أولى من غالب عادة النساء، وغالب عادتهن أن (257/ب) تحيض المرأة وتطهر في كل شهر مرة[8]، فرددناها[9] إلى هذه العادة، وهذا مأخوذ من بيان[10] رسول الله - صلى عليه وسلم - حيث أمر حمنة بنت

---

(1) (العدة) ساقط من /أ.
(2) انظر: المجموع 2/ 439، وروضة الطالبين 8/ 369، ونهاية المطلب خ. ج 7. ورقة: 213 - أ.
(3) (تصير إلى ثلاثة شهور) ساقط من /أ.
(4) (كالآيسة) ساقط من /ج.
قال الشافعي: «وإن ابتدأت مستحاضة، أو نسيت أيام حيضها تركت الصلاة يوماً وليلة واستقبلنا بها الحيض من أول هلال يأتي عليها بعد وقوع الطلاق، فإذا أهل هلال الرابع انقضت عدتها» أ. هـ.
مختصر المزني /218، وانظر: الأم 5/ 211، ونهاية المطلب. خ. ج7 ورقة: 214 - ب.
(5) في /ج: (لجعلنا).
(6) (قرؤ) ساقط من /أ.
(7) في /أ: (الحلال).
(8) (مرة) ساقط من /ج.
وانظر: المجموع 2/ 438، ونهاية المطلب خ. ج 7 ورقة: 214 - ب.
(9) في /أ: (ورددناها).
(10) في /أ: (وهذا موجود في بيان).

جحش[1] بأن تتحيض[2] في كل شهر ستة أيام أو سبعة أيام، وتحسب[3] الباقي طهراً في حديث طويل مشهور[4].

---

(1) هي حمنة بنت جحش بن رباب الأسدية، تكنى أم حبيبة وهي أخت زينب بنت جحش أم المؤمنين زوج النبي - ﷺ - وكانت حمنة زوج مصعب بن عمير فقتل عنها يوم أحد فتزوجها طلحة بن عبيد الله، فولدت له محمداً وعمران إبني طلحة، وكانت من المهاجرات وشهدت أحداً فكانت تسقي العطشى، وتحمل الجرحى وتداويهم.
انظر: أسد الغابة 5/ 428، والإصابة 4/ 275، والاستيعاب 4/ 270، وتهذيب الأسماء واللغات 2/ 339.

(2) في / أ: (تحيض).

(3) في / أ: (فتحسب).

(4) حديث حمنة بنت جحش قالت: كنت استحاض حيضة كثيرة شديدة، فأتيت رسول الله - ﷺ - استفتيه وأخبره، فوجدته في بيت أختي زينب بنت جحش، فقلت: يا رسول الله، إني امرأة استحاض حيضة كثيرة شديدة فما ترى فيها قد منعتني الصلاة والصوم؟ فقال: «أنعت لك الكرسف فإنه يذهب الدم» قالت: هو أكثر من ذلك، قال: «فاتخذي ثوباً» فقالت: هو أكثر من ذلك، إنما أثج ثجاً، قال رسول الله - ﷺ -: «سآمرك بأمرين أيهما فعلت أجزأ عنك من الآخر، وإن قويت عليهما فأنت أعلم». قال لها: «إنما هذه ركضة من ركضات الشيطان فتحيضي ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله، ثم اغتسلي، حتى إذا رأيت أنك قد طهرت واستنقأتِ فصلي ثلاثاً وعشرين ليلة أو أربعاً وعشرين ليلة وأيامها، وصومي، فإن ذلك يجزئك، وكذلك فافعلي في كل شهر، كما تحيض النساء، وكما يطهرن، ميقات حيضهن وطهرهن، وإن قويت على أن تؤخري الظهر وتعجلي العصر، فتغتسلين وتجمعين بين الصلاتين: الظهر والعصر، وتؤخرين المغرب وتعجلين العشاء، ثم تغتسلين وتجمعين بين الصلاتين، فافعلي وتغتسلين مع الفجر فافعلي وصومي إن قدرت على ذلك». قال رسول الله - ﷺ -: «وهذا أعجب الأمرين إليّ».
أخرجه أبو داود - واللفظ له - في كتاب «الطهارة» باب «من قال إذا أقبلت الحيضة تدع الصلاة» حديث (287).
والترمذي في كتاب «الطهارة» باب «ما جاء في المستحاضة أنها تجمع بين الصلاتين بغسل واحد» حديث (128)، وقال: هذا حديث حسن صحيح.
وأخرجه - أيضاً - ابن ماجة في كتاب «الطهارة وسننها» باب «ما جاء في البكر إذا ابتدئت مستحاضة، أو كان لها أيام حيض فنسيتها» حديث (627).
والحاكم في المستدرك في كتاب «الطهارة» 1/ 172. قال الذهبي: «وله شواهد منها: حديث الشعبي عن قمير امرأة مسروق عن عائشة، وحديث أبي عقيل يحيى بن المتوكل عن بهية عن عائشة رضي الله عنها».

فأما التي[1] لا تكون ناسية فإنها مؤتمنة فيما تذكره[2] من مقدار حيضها وطهرها، وربما يكون طهرها أقل الأطهار، وحيضها أقل الحيض، فيطلقها[3]، وهي في آخر طهرها، فتطعن[4] في الدم فتكون هذه اللحظة القرء[5] الأول، ثم تحيض يوماً وليلة، ـ وهو أقل الحيض ـ ثم تطهر خمسة عشر يوماً، [ثم تحيض يوماً وليلة، ثم تطهر خمسة عشر يوماً][6] وهو القرء[7] الثالث، ثم تحيض لحظة، فذلك اثنان وثلاثون يوماً وساعتان، وقد انقضت عدتها، والساعة اللطيفة السابقة محسوبة قرءاً، والساعة الأخيرة وهي ساعة الطعن في الدم ليست بمحسوبة من العدة، ولكنها تدل على انقضاء العدة.

مسألة (602): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في الناسية إذا طلقها زوجها: «استقبلنا بها الحيض من أول هلال يأتي عليها بعد وقوع الطلاق، فإذا[8] أهل الهلال الرابع انقضت عدتها»[9]، وقال في رواية الربيع: «فإذا أهل الهلال الثالث انقضت عدتها»[10]، وكثر كلام أصحابنا وطرقهم في هذين النصين، فقال بعضهم: صورة رواية المزني: في طلاق يقع وهي من الشهر في النصف الثاني، وصورة رواية الربيع: في طلاق يقع وهي من الشهر في النصف الأول[11].

---

(1) في /أ: (الذي).
(2) في /أ: (مما تذكره).
(3) في /أ: (فطلقها).
(4) في /أ: (فطعنت).
(5) في /ج: (للقرء).
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ، ج.
ولا يستقيم الكلام إلا باثباته فأثبته من نهاية المطلب لابن المؤلف ـ رحمه الله ـ ومن المجموع.
انظر: نهاية المطلب.خ. ج 7. ورقة: 213 ـ أ، والمجموع 2/ 439.
(7) (القرء) ساقط من /ج.
(8) في /أ: (فان).
(9) انظر: مختصر المزني / 218.
(10) انظر: الأم 5/ 211.
(11) انظر: نهاية المطلب.خ. ج 7. ورقة: 214 ـ ب.

والفرق بين الصورتين: أنها إذا كانت في النصف الثاني من الشهر فبقية الشهر لا يسع حيضاً وطهراً؛ لأن أقل الحيض يوماً وليلة، وأقل الطهر خمسة عشر يوماً، فذلك ستة عشر يوماً، وبقية الشهر دون[1] خمسة عشر يوماً[2]، فاستقبلنا بها الأهلة[3]، ولم نحكم بانقضاء عدتها حتى يهل الهلال الرابع.

فأما إذا وقع الطلاق في النصف الأول من الشهر فبقية الشهر تحتمل حيضاً وطهراً، فحسبنا هذا الشهر لها قرءاً، فقلنا: إذا استهل الهلال الثالث حكمنا بانقضاء العدة.

وقال بعض أصحابنا[4]: كان الشافعي ـ رحمه الله في رواية المزني ـ حسب الهلال المتقدم على الطلاق، ولم يحتسب في رواية الربيع، كما حسب[5] في أحد العبارتين. الميل الأول من أميال السفر، والميل الآخر / فجعلها ثمانية وأربعين (258/أ) ميلاً، ولم يحسبها[6] في عبارة أخرى. فجعلها ستة وأربعين ميلاً[7].

وهاتان الطريقتان أصح من طريق من يدعي القولين.

مسألة (603): المرأة إذا كانت حائلا فأقل الطهر الفاصل[8] بين حيضتيها[9] خمسة

(1) (دون) ساقط من / أ.
(2) (يوماً) ساقط من / جـ.
(3) في / أ: (العدة).
(4) في / أ: (وقال بعضهم من أصحابنا).
(5) في / أ: (كما يحسب).
(6) في / أ: (ولم يحسب).
(7) اختلفت عبارة الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في حد السفر المبيح للقصر فقال في موضع: ستة وأربعون ميلاً، وقال في موضع: ثمانية وأربعون ميلا، وقال في موضع: أربعون ميلاً، قال النووي: «قال أصحابنا: المراد بهذه النصوص كلها شيء واحد وهو ثمانية وأربعون ميلاً هاشمية، وحيث قال ستة وأربعون أراد سوى ميل الابتداء وميل الانتهاء، وحيث قال: أربعون أراد: أربعون أموية وهي: ثمانية وأربعون هاشمية فإن أميال بني أمية أكبر من الهاشمية كل خمسة: ستة» أ. هـ المجموع 4/ 323، وانظر: الأم 1/ 182، والشرح الكبير 4/ 453.
(8) في / أ: (الحامل).
(9) في / أ. جـ: (حيضتها) والصواب ما أثبت.

عشر يوماً[1]، وكذلك إذا كانت حاملاً وقلنا إنها تحيض على الحمل[2] [3]، إلا في آخر أيامِ حملها فإنها[4] لو حاضت حيضة وطهرت عشرة أيام، [ثم ولدت فنفست عقيب الولادة: جعلنا الحيضة المتقدمة على الولادة حيضة صحيحة على الصحيح من المذهب، وإن لم يفصل بينها وبين النفاس طهر[5].

والفرق بين الحالتين: أنها في هذه الحالة][6] ولدت وتعقب دم النفاس ولادتها، فتكامل الفصل بين الحيضة وبين النفاس بالولد المولود الدال على أن دم النفاس غير دم الحيض، والمقصود من كمال[7] الطهر تمام الفصل بين الحيضتين، [فأما في غير حالة الولادة فلا فاصل بين الحيضتين][8] سوى الطهر، وشرط[9] ذلك الطهر تمام أيامه ليقع[10] الفصل به، وأقل أيام الطهر خمسة عشر يوماً، فلا بد من هذه المدة.

فإن قال قائل: يلزمكم على هذا أن تجعلوا حيضها المتقدم[11] على الولادة حيضاً صحيحاً وإن اتصل بالولادة؛ لأن الولد حاجز بين الدمين.

---

(1) قال النووي: «باتفاق الأصحاب» أ.هـ.
المجموع 2/ 376، وانظر: روضة الطالبين 1/ 134.
(2) وهو القول الجديد الأظهر.
انظر: روضة الطالبين 1/ 174، والمجموع 2/ 376.
(3) فإذا رأت الحامل الدم، ثم ولدت بعد خمسة عشر يوماً، أو حاضت فالدم السابق للولادة دم حيض والفاصل طهر. أما إذا قلنا: الحامل لا تحيض فهو دم فساد.
انظر: روضة الطالبين 1/ 175، والشرح الكبير 2/ 576-577.
(4) (فإنها) ساقط من / أ.
(5) وقيل: إنه دم فساد.
انظر: روضة الطالبين 1/ 175، والمجموع 2/ 376، 522، والشرح الكبير 2/ 578.
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من / جـ.
(7) في / أ: (كلام).
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من / جـ.
(9) في / أ: (بشرط).
(10) في / أ: (فيقع).
(11) في / جـ: (المقدم).

قلنا: كذلك نقول على هذا المذهب، ونجعل الولد فاصلاً كافياً مغنياً[1]؛ لأنه بنفسه فصل تام[2].

مسألة (604): أصل مذهب الشافعي ـ رحمه الله ـ في أقل الطهر وأكثره وأقل الحيض وأكثره الرجوع في ذلك إلى الوجود في نوادر النساء[3]، وعلى هذا بناء أحكام الحيض وكذلك النفاس، فإن وجدنا[4] امرأة ينقص [حيضها عن خمسة عشر يوماً، **فقد قال بعض أصحابنا**: لا ينقص][5] طهرها عن خمسة عشر يوماً في الحكم[6]، **وقال بعضهم**: يجوز أن ينقص[7]، ولفظ الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ مع هذا القائل في كتاب العدة[8].

فمن قال بالفرق قال: ما كان إجماعاً من هذه المقادير فلا يجوز ترك الإجماع فيه لمجرد الوجود حتى يكون معه قول متقدم ممن يعد خلافه خلافاً، والعلماء مجمعون

(1) في /أ: (فيغنيا).
(2) في /أ: (أيام).
(3) والذي يدل على ذلك قول الشافعي ـ رحمه الله ـ في كتاب العدد حيث قال: «وأقل ما علمنا من الحيض يوم، وإن علمنا أن طهر امرأة أقل من خمس عشرة صدقنا المطلقة على أقل ما علمنا من طهر امرأة وجعلنا القول قولها» أ. هـ.
الأم 5/ 210، وانظر: مختصر المزني / 217، والمنثور في القواعد 2/ 356، 358.
(4) في /أ: (وإن وجدنا).
(5) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(6) وهو المذهب المعتمد. ووجهه: أن الأولين قد أعطوا البحث حقه ولم ينقلوا زيادة ولا نقصاناً، وبحثهم أوفى، واحتمال عروض دم فساد للمرأة أقرب من انخراق العادات المستمرة.
انظر: الشرح الكبير 2/ 414-415، والمجموع 2/ 381، وروضة الطالبين 1/ 134.
(7) وممن قال بذلك: الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني والقاضي حسين، واختاره الدارمي. ووجهه: أن المتبع في هذه المقادير الوجود فإذا وجدنا الأمر على خلاف ما عهدنا وجب اتباعه، وقد تختلف العادات باختلاف الأهوية والأعصار.
انظر: المراجع السابقة.
(8) انظر: نص الشافعي ـ رحمه الله ـ هامش (3).

على أن الطهر لا ينقص عن خمسة عشر يوماً[1]، وعلى هذا فرعوا مسائل الحيض.

فأما الكلام على أقل[2] الحيض وأكثره، وأقل النفاس وأكثره فالمذاهب[3] مختلفة[4]، فما ذهبنا إليه من اعتبار[5] أصل الوجود[6] فيها غير خارج عن مذاهب

(1) ونقل الإجماع المحاملي، والقاضي أبو الطيب الطبري.
والمسألة خلافية والخلاف فيها مشهور، فدعوى إجماع العلماء فيها مردود. قال الإمام أحمد: أقل الطهر بين الحيضتين ثلاثة عشر يوماً. ونقل عنه: أنه لا توقيت فيه. وأنكر إسحاق بن راهويه التحديد وقال: توقيت هؤلاء بالخمسة عشر باطل.
واختلف أصحاب مالك في ذلك، فروى ابن القاسم: نفي التحديد فيه وأنه أقل ما يكون مثله طهراً في العادة، وقال سحنون ثمانية أيام، وقال محمد بن مسلمة خمسة عشر يوماً.
أما الأحناف فوافقوا الشافعية في التحديد.
انظر: المجموع 2/ 376-380، والشرح الكبير 2/ 412، والمغني 1/ 310، والفروع 1/ 267، والأشراف 1/ 50، وبداية المجتهد 1/ 50، ومختصر الطحاوي / 23، والفتاوى الهندية 1/ 37.

(2) في / أ: (فأما في أقل).

(3) في / أ: (فالمذهب).

(4) فذهب الشافعية إلى أن أقل الحيض يوم وليلة، وأكثره خمسة عشر يوماً.
وأكثر النفاس ستون يوماً ولا حد لأقله.
ومذهب الحنابلة في أقل الحيض وأكثره، كمذهب الشافعية. أما أكثر النفاس عندهم، فهو أربعون يوماً ولا حد لأقله.
وذهب الأحناف إلى أن أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليهن وأكثره عشرة أيام.
وأكثر النفاس أربعون يوماً وأقله ساعة.
وذهب المالكية إلى أنه لا حد لأقل الحيض، وأكثره خمسة عشر يوماً.
وأكثر النفاس ستون يوماً ولا حد لأقله.
انظر: المجموع 2/ 380، 522، والشرح الكبير 2/ 412، 573-574، والمغني 1/ 308، 345، 347، ورؤوس المسائل / 129-131، والفتاوى الهندية 1/ 36-37، وبداية المجتهد 1/ 50، 52، والأشراف 1/ 48-49.

(5) (اعتبار) ساقط من / أ.

(6) في / أ: (أصل له الوجود).

(258/ب) السلف، وعلى هذه الطريقة[1]/ تأول كلام الشافعي ـ رحمه الله ـ حيث قال: وإن وجد طهر امرأة أقل من خمسة عشر يوماً[2] صرنا إليه[3]. يعني: إذا وجدنا في ذلك[4] خلافاً متقدماً[5] ممن يعد خلافه خلافاً[6].

والدليل على هذا: أن العلماء الذين تكلموا في هذا العلم تكلموا في مسائل التلفيق، ومن مسائل التلفيق[7]: أن تطهر المرأة خمسة وتحيض خمسة، أو تطهر ستة وتحيض ستة[8]، وربما تستمر عادتها على ذلك في الحيض والطهر، وما ذهب أحد من العلماء[9] إلى أن الستة طهر كامل في حكم العدة وسائر أحكام الحيض[10]، فلهذا الأصل لا نجد بداً من التأويل واشتراط القرينة التي اشترطناها، وإلا فلا ينقص طهر المرأة عن خمسة عشر يوماً.

فأما أكثر الطهر فليس له مقدار معلوم[11]، وربما يمتد سنين، حتى إن رأت حيضة وانقطعت عشر سنين، ثم حاضت واستحيضت وجب أن نجعل لها في كل

---

(1) في /أ: (يتأول).

(2) (يوماً) ساقط من /ج.

(3) (صرنا إليه) مكررة في /ج.

وقد تقدم ذكر نص الشافعي ـ رحمه الله ـ في بداية المسألة.

(4) (في ذلك) ساقط من /أ.

(5) في /ج: (خلاف متقدم).

(6) (خلافاً) ساقط من /ج.

(7) راجع تعريف التلفيق وذكر الأقوال فيه في جـ1 ص 288.

(8) في /ج: (أو تحيض ستة وتطهر ستة).

(9) (أحد من العلماء) ساقط من /أ.

(10) قال النووي في المجموع 2/ 502: «ولا خلاف أن النقاء ليس بطهر في انقضاء العدة وكون الطلاق سنياً»، قال الغزالي في البسيط: «أجمعت الأمة على أنه لا يجعل كل يوم طهراً كاملاً». أ. هـ.

وانظر: الشرح الكبير 2/ 415، وروضة الطالبين 1/ 135.

(11) قال النووي: «ولا حد لأكثره بالإجماع» أ. هـ. المجموع 2/ 376.

وانظر: مغني المحتاج 1/ 109، وروضة الطالبين 1/ 134.

عشر سنين حيضة على قياس سائر مسائل الحيض[1]، وهذا من مشكلات العدة والحيض[2].

مسألة (605): المعتدة بالأقراء إذا استرابت[3] في رحمها نظر، فإن استرابت[4] قبل انقضاء القروء[5] الثلاثة لم يجز لها أن تنكح[6] وإن انقضت القروء الثلاثة حتى تزول الريبة[7].

وإن استرابت[8] بعد انقضاء ثلاثة قروء، فنكحت قبل زوال الريبة فعلى قولين:

أحدهما: أن العقد باطل.

والثاني: أنه موقوف على ما يتبين من حملها وحيالها[9].

والفرق بين الصورتين: أنها إذا استرابت[10] وهي في العدة فلا تستفيد

---

(1) وحكى القاضي أبو الطيب: إن امرأة في زمنه كانت تحيض كل سنة يوماً وليلة وهي صحيحة تحبل وتلد وكان نفاسها أربعين يوماً.
انظر: المجموع 2/ 376، ومغني المحتاج 1/ 109.

(2) (وهذا من مشكلات العدة والحيض) ساقط من /أ.

(3) في /ج: (استبرات).

(4) في /ج: (استبرات).

(5) في /أ: (العمرو).

(6) في /أ: خلط الناسخ فجاء بعد هذه اللفظة بكلام من المسألة السابقة ونصه: «وكذلك النفاس، وإن وجدنا امرأة ينقص طهرها عن خمسة عشر يوماً في الحكم، وقال بعضهم: يجوز أن ينقص، ولفظ الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ مع هذا القائل في كتاب العدة، فمن قال بالفرق قال: ما كان إجماعاً». ثم بعد ذلك ذكر بقية المسألة.

(7) انظر: روضة الطالبين 8/ 377، والسلسلة خ. ورقة: 134 ـ أ، ونهاية المطلب خ. ج 7. ورقة: 221 ـ ب.

(8) في /ج: (استبرات).

(9) وهذا هو المنصوص عليه في مختصر المزني، وهو المذهب.
انظر: مختصر المزني / 218، وروضة الطالبين 8/ 377، وكفاية الأخيار 2/ 81، ونهاية المطلب خ. ج 7 ورقة: 221 ـ ب، والسلسلة. خ. ورقة: 133 ـ ب.

(10) في /ج: (استبرات).

بانقضائها طهراً يدل على البراءة؛ لأن الريبة[1] قد وجدت وهي في الحال أي[2]: حال عدتها.

فأما إذا انقضت الأقراء، ثم استرابت[3]، فظاهر الأقراء المنقضية[4] انقضاء العدة وبراءة الرحم، فيجوز لها أن تعتمد هذا الظاهر، كما تعتمد الظاهر في الحيضة الواحدة للاستبراء وتبيح الوطء للسيد[5] عقيبها إذا لم يحدث ريبة.

ومثال هذا ما نقول: إذا شك الرجل في عدد الركعات فلم يدر كم صلى وهو فيها، فليس له أن يتحلل عنها إلا بالبناء على اليقين[6]، ولو أنه[7] تحلل عنها، ثم اعترض الشك، والريبة[8] فلم يدر كم صلى؟ كان فيها قولان:

أحدهما أنها صحت وتمت، فعلى هذا تمت العدة وبرئت المعتدة.

والقول الثاني: أن عليه[9] استئنافها إن طال الزمان، وإن قصر لزمه البناء عليها[10]

(1) في / ج: (إذ الريبة).
(2) (الحال أي) ساقط من / ج.
(3) في / ج: (استبرات).
(4) في / أ: (الإقرار المقضية).
(5) في / ج: (السيد).
(6) لقول النبي ـ ﷺ ـ: «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى؟ فليطرح الشك وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم، فإن كان صلى خمساً شفعن له صلاته، وإن كان صلى إتماماً لأربع كانتا ترغيماً للشيطان». أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب «المساجد ومواضع الصلاة فيها» حديث (571).
وانظر: مغني المحتاج 1/ 209، والقواعد للحصني القسم الأول 1/ 249، والسلسلة. خ. ورقة: 133 ـ ب، وروضة الطالبين 1/ 309.
(7) في / أ: (وهو أنه).
(8) في / أ: (في الريبة).
(9) في / أ: (أن عليها).
(10) في / ج: (عليه).

للريبة العارضة[1]، فعلى / هذا: يلزمها الصبر بعد القروء الثلاثة؛ لما اعترض من (259/أ) الريبة، ولا يجوز لها النكاح[2].

مسألة (606): إذا قال الرجل لامرأته: كلما[3] ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولدين بينهما سنة[4]، قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «كان الولد الثاني[5] منفياً عنه بلا لعان وإن انقضت عدتها به»[6].

فإن قال قائل: إن كان هذا الولد يحتمل أن يكون منه[7] فيجب أن لا ينتفي[8] عنه إلا بلعان، وإن كان لا يحتمل، فيجب أن لا تنقضي به العدة[9]، فكيف فصل الشافعي بين الحكمين[10]؟.

---

(1) والصحيح القول الأول.
انظر: مغني المحتاج 2/ 210، والقواعد للحصني القسم الأول 1/ 244-245، وروضة الطالبين 1/ 309.

(2) اختلف الأصحاب في الأصل الذي بنيت عليه هذه المسألة على قولين: **القول الأول**: إنها مبنية على الأصل الذي ذكره المؤلف وهو الشك في الصلاة. القول الثاني: إنها مبنية على القولين في وقف العقود على القول الجديد. فإذا جوزنا وقفها على القول القديم حكمنا بوقف النكاح على البيان، وإذا منعنا وقف العقود على القول الجديد حكمنا ببطلان هذا العقد.
انظر: السلسلة خ. ورقة: 133 ـ ب، ونهاية المطلب.خ. ج 7. ورقة: 221 ـ ب.

(3) في /أ: (كما).

(4) في /ج: (ستة أشهر) وكلاهما صحيح والمثبت موافق لنص الشافعي في الأم، ومختصر المزني.

(5) (الثاني) ساقط من /ج.

(6) المسألة مصورة فيما إذا كان الطلاق بائناً.
انظر: الأم 5/ 222، ومختصر المزني / 219، ونهاية المطلب.خ. ج 7 ورقة: 223 ـ أ، وروضة الطالبين 8/ 380.

(7) في /أ: (فيه).

(8) في /أ: (أن لا ينفي).

(9) في /ج: (العدة به).

(10) في /أ: (بين الحملين).

قلنا: الفصل بينهما: إن إلحاق الولد إنما يكون بالإمكان، والاحتمال، وإذا[1] ولدت ولدين بينهما سنة[2] لم يحتمل أن يكون الولد الثاني من النكاح بحال؛ لأن أكثر[3] المدة المتخللة بين الولدين ما دون ستة أشهر، فإذا تخللت بينهما تمام ستة أشهر فصاعداً تيقنا[4] أن الولد الثاني من علوق حادث بعد النكاح، لا من علوق في النكاح.

فأما العدة[5] فالمرجع في انقضائها إلى قولها[6]، وهي تزعم أن عدتها غير منقضية به، ولعلها تكون صادقة بأن يصيبها بشبهة بعد الولادة الأولى فتحبل منه بالولد الثاني فتنقضي عدتها عنه به، فكان[7] هذا الاحتمال علة في تعليق حكم العدة بالولد الثاني، ولم يجز[8] أن يصير علة[9] في النسب وفي إلحاقه ونفيه.

مسألة (607): إذا أصاب الرجل امرأة[10] حراماً والرجل عالماً والمرأة جاهلة وقد[11] التبس عليها واشتبه لم تتعلق[12] حرمة [المصاهرة بتلك الإصابة، وإن كانت المرأة عالمة وكان الرجل جاهلاً وقد[13] اشتبه عليه الأمر تعلقت

---

(1) في /أ: (إذا) بسقوط الواو قبلها.

(2) في /ج: (ستة أشهر).

(3) في /أ: (لأن أقل).

(4) في /أ: (نفينا).

(5) في /ج: (وأما العدة).

(6) بيمينها، إذا تحقق الإمكان.
انظر: روضة الطالبين 8/ 373، وكفاية الأخيار 2/ 78.

(7) في /أ: (فكل).

(8) (يجز) ساقط من /أ.

(9) في /ج: (علمه).

(10) في /أ: (المرأة).

(11) في /أ: (فقد).

(12) في /أ: (فلم نتعلق).

(13) في /أ: (فقد) والصواب ما أثبت.

حرمة][1] المصاهرة بتلك الإصابة[2].

والفرق بين الحالين: أن الشبهة إذا كانت في جانب المرأة لم يكن ماؤه محترماً، وكيف يكون محترماً وهو عالم بأنه زانٍ؟.

والجهالة في جانبها لا تتعدى حكمها إلى جانبه.

ألا ترى أن العدة غير واجبة عليها وإن حصل ماؤه في رحمها[3]، فكذلك[4] الحرمة الأخرى. وهي حرمة المصاهرة ـ يجب[5] أن لاتتعلق بها، كما لم تتعلق به حرمة الاعتداد.

فأما إذا كانت الشبهة في جانب الرجل، فماؤه محترم[6]. ألا ترى أن[7] العدة تلزمها إذا كان الرجل جاهلاً[8].

وعلى هذا حكم[9] النسب، وإلحاقه في المسألتين، فيثبت النسب إذا كانت الشبهة في جانبه، ولا يثبت إذا كان من جانبها[10]، والنسب والعدة نوعان من

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(2) في هذه المسألة وجهان:
الوجه الأول: ـ وهو الأصح ـ أن الاعتبار بالرجل، فتثبت المصاهرة إذا اشتبه عليه، ولا تثبت إذا لم يشتبه عليه.
الوجه الثاني: تثبت المصاهرة في أيهما كانت الشبهة.
انظر: روضة الطالبين 7/ 112، والمنثور في القواعد 2/ 225-226، ومغني المحتاج 3/ 178.
(3) انظر: روضة الطالبين 7/ 112، والمنثور في القواعد 2/ 225.
(4) في / ج: (وكذلك).
(5) (يجب) ساقط من / ج.
(6) في / أ: (محرم).
(7) في / ج: (إلا أن).
(8) (جاهلاً) ساقط من / ج.
وانظر: المرجعين السابقين.
(9) في / أ: (أحكام).
(10) انظر: روضة الطالبين 7/ 112، والمنثور في القواعد 2/ 225.

الحرمة، فإذا لم يثبتا لم تثبت الحرمة الثالثة وهي حرمة المصاهرة، وإذا ثبتت هاتان[1] الحرمتان حكمنا بثبوت الأخرى[2].

(259/ب) **مسألة (608)**: نكاح الشبهة / كالنكاح الصحيح في إلحاق النسب[3]، ثم لا يتصور أن تكون المرأة منكوحة لرجل معتدة عن رجل آخر في النكاح الصحيح، ويتصور ذلك في النكاح الفاسد، وهو ما يبين عقد النكاح إلى حال[4] الإصابة؛ لأنها في هذه المدة تكون معتدة عن الزوج الأول ما لم يصبها[5] الثاني، فلما أصابها الثاني[6] انقطعت عدة الأول، حبلت من الثاني أو لم تحبل[7].

وإنما افترقت[8] الحالتان؛ لأنها متى ما صارت[9] مصابة فقد اشتغل رحمها بماء

---

(1) في / أ: (إذا ثبت هذان).
(2) في / ج: (بثبوت المصاهرة الأخرى).
(3) انظر: نهاية المطلب. خ. ج 7 ورقة: 252 ـ ب، والمهذب 2/ 145، وروضة الطالبين 7/ 112، والمواكب العلية / 125.
(4) (حال) ساقط من / ج.
(5) في / أ: (لما لم يصبها).
(6) (الثاني) ساقط من / أ.
(7) صورة المسألة امرأة معتدة عن رجل، نكحها رجل آخر في العدة على ظن الصحة، ثم وطئها، ففي هذه الحالة تنقطع عدة النكاح، لمصيرها فراشاً للثاني.
وفي وقت انقطاع عدة النكاح أربعة أوجه:
الوجه الأول: ـ وهو أصحها ـ أنها تنقطع من وقت الوطء؛ لأن النكاح الفاسد لا حرمة له. وهو ما اعتمده المؤلف هنا.
الوجه الثاني: من حين يخلو بها ويعاشرها، وإن لم يطأ.
الوجه الثالث: من وقت العقد إن اتصل به زفاف، وإلا فلا.
الوجه الرابع: من وقت العقد وإن لم يتصل به زفاف.
انظر: روضة الطالبين 8/ 381، 395-396، والوجيز 2/ 98، ومغني المحتاج 3/ 394، ونهاية المحتاج 7/ 144.
(8) في / أ: (وإن افترقت).
(9) في / أ: (لأنها لما صارت).

الشبهة لما صارت مفترشة للثاني، فحقيقة الافتراش يمنع[1] أن تكون معتدة مع هذه الحالة عن الأول، بخلاف[2] ما بين العقد الفاسد والإصابة، فذلك زمان لم يفترشها فيه، ولم يشتغل رحمها بمائه، فكان الزمان محسوباً لها من العدة الأولى.

فإن قال قائل: أليس ذكر الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ لفظ النكاح في اعتبار مدة الولادة من الزوج الثاني فقال: «فإن ولدت لأقل من أربع سنين من يوم طلقها الأول[3] وأكثر من ستة أشهر من يوم نكحها الثاني أرى الولد[4] القائف»[5]؟.

قلنا: إنما استعمل لفظ النكاح عبارة عن الإصابة[6] أو صورة[7] المسألة في صورة مخصوصة، وهي أن لا يتخلل بين النكاح والإصابة زمان متطاول.

فإن قيل: أليست المنكوحة إذا أصيبت بالشبهة كانت معتدة عن الثاني منكوحة الأول[8]؟. فهلا قلتم في المنكوحة نكاحاً فاسداً: إنها تعتد وتكون منكوحة في حالة واحدة؟.

قلنا: الفرق[9] بينهما: أنها إذا كانت منكوحة نكاحاً صحيحاً فاعترضت الإصابة بالشبهة على النكاح[10] فهذه الإصابة أوجبت[11] عدة لا محالة، والنكاح الصحيح معقود للتأبيد، فلو قلنا[12] بتراخي هذه العدة الواجبة إلى انقطاع[13]

(1) في / جـ: (فيستحيل).
(2) (بخلاف) ساقط من / أ.
(3) (الأول) ساقط من / أ.
(4) (الولد) ساقط من أ.
(5) انظر: الأم 5/ 234.
(6) في / جـ: (في الاصابة).
(7) في / جـ: (وصورة).
(8) انظر: روضة الطالبين 8/ 385، ومغني المحتاج 3/ 392، ونهاية المحتاج 7/ 141.
(9) في / أ: (والفرق).
(10) (على النكاح) ساقط من / أ.
(11) (أوجبت) ساقط من / جـ.
(12) في / جـ: (ولو قلنا).
(13) في / أ: (أدى إلى انقطاع).

النكاح، والنكاح نكاح الأبد، لكنا قد أسقطناها، ولا سبيل إلى إسقاط العدة الواجبة.

فأما النكاح الفاسد فلا لزوم له، ولا تأبيد[1]، وكيف يكون له تأبيد؟ بل هو على شرف التفريق، والرفع والقطع، فقلنا: لا نجعلها معتدة عن الأول بعد[2] ما أصابها الثاني، ولكن إذا فرقنا بينهما أمرناها بالبناء على عدة[3] الأول حتى تستكملها[4]، فهذا هو الفرق بينهما.

مسألة (609): المنكوحة نكاحاً صحيحاً إذا أصابها زوجها، ثم اجتنبها وتطاول الزمان عليها، فطلقها وجب عليها أن تعتد من وقت الطلاق[5]، ولو كان النكاح فاسداً فأصابها وتطاول الزمان، ثم فرقنا[6] بينهما، فالقياس الصحيح يقتضي أن تعتبر عدتها من آخر إصابة كانت في النكاح الفاسد[7].

والفرق بين المسألتين: أن النكاح الصحيح يجوز أن يكون بنفسه علة لوجوب العدة [من غير حصول إصابة/ (260/أ).

ألا ترى أن عدة الوفاة تجب من غير مسيس[8]][9].

فقلنا: إذا طلقها وجب استئناف العدة من وقت انقطاع النكاح، وإن كان العهد

(1) (ولا تأبيد) ساقط من /أ.
(2) في /أ: (بل).
(3) في /أ: (هذا).
(4) ثم بعد ذلك تعتد للثاني.
انظر: روضة الطالبين 8/ 381، والمهذب 2/ 151.
(5) انظر: روضة الطالبين 8/ 382، 424، وحلية العلماء 7/ 357.
(6) في /أ: (وفرقنا).
(7) قال النووي: «والأصح من التفريق». أ. هـ.
روضة الطالبين 8/ 382، وانظر: الوجيز 2/ 96.
(8) بالإجماع.
انظر: الإجماع / 86، والمهذب 2/ 145، وروضة الطالبين 8/ 398.
(9) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

بعيداً[1] بالوطء، لأنها كانت إلى هذا الوقت فراشاً له على الحقيقة، فأما إذا كان النكاح فاسداً، فليس للفساد بنفسه أثر في إيجاب العدة بحال[2].

ألا ترى أن عدة الوفاة لا تتصور فيه، ولا تجب به[3]، وإنما تجب العدة بالإصابة، [فإذا طال العهد بالإصابة، ثم فرقنا بينهما كان ما بعد بالإصابة][4] من الزمان محسوباً في العدة، حتى لو انقضى عليها بعد الإصابة في النكاح الفاسد، وقبل[5] التفريق ستة[6] قروء فقد انقضت العدتان، عدة الأول وعدة الثاني، إلا على[7] مذهب من يقول: إن نفس النكاح الفاسد[8] يقطع العدة الصحيحة، كما يقطعها الوطء الفاسد، وهذا المذهب ضعيف.

مسألة (610): إذا اعترفت المطلقة بانقضاء عدتها لزمان[9] يحتمل، ثم جاءت بعد ذلك بولد لأكثر[10] من ستة أشهر من وقت اعترافها ألحقنا ذلك الولد بالزوج المطلق إذا لم تكن نكحت زوجاً غيره.

وكذلك أيضاً لو نكحت[11] وولدت من وقت النكاح لأقل من ستة[12] أشهر

---

(1) في /أ: (ابعد).
(2) (بحال) ساقط من /أ.
(3) أي: بالنكاح الفاسد.
انظر: روضة الطالبين 8/ 399، وكفاية الأخيار 2/ 77.
(4) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(5) في /ج (قبل) بسقوط الواو قبلها.
(6) (ستة) ساقط من /أ.
(7) في /أ: (لا على).
(8) وهذا مذهب أبي حنيفة، فلا تنقضي عدة النكاح الفاسد والوطء بالشبهة عند الأحناف إلا بعد ثلاث حيض من وقت التفريق.
انظر: الفتاوى الهندية 1/ 532، وفتاوى قاضي خان 1/ 551، وشرح فتح القدير 4/ 320، والمبسوط 6/ 41، وبدائع الصنائع 3/ 190.
(9) في /أ: (بزمان).
(10) في /ج: (لأقل).
(11) في /ج: (وإن كانت نكحت).
(12) في /ج: (لما دون ستة أشهر).

ألحقنا[1] هذا الولد بالزوج[2] الأول[3]. وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر من وقت النكاح الثاني ألحقناه بالثاني دون الأول[4].

والفرق بين الحالتين: أنها إذا نكحت زوجاً ثانياً فقد خلف فراش الأول فراش ثانٍ يحتمل أن يكون النسب منه، وهو فراش موجود في الحالة الراهنة، فكان أولى من الفراش السابق المنقطع، فألحقنا[5] النسب به.

وأما إذا لم تنكح زوجاً غيره حتى جاءت بالولد فقد ولدته لزمان محتمل[6]؛ لأن ما دون أربع سنين كله زمان الاحتمال، ولم يتعقب الفراش[7] الأول فراش[8] ثانٍ يحتمل الإلحاق به، والأنساب تثبت[9] بالاحتمال، والأولى بها ما كان أوفى بغلبة[10] الاحتمال.

فإن قيل: قد[11] قبلتم قولها في انقضاء العدة بثلاثة قروء، وقد رددتم قولها في النسب!!

قلنا: في النسب حق الولد وحق الوالد، والأنساب إلى الآباء، فإذا اعترفت اعترافاً يتضمن حكمين مختلفين، أحدهما: حق غيرها، والثاني: حقها، لم نقبل

---

(1) في / ج: (وكذلك ألحقنا).
(2) في / أ: (هذا الزوج).
(3) انظر: الأم 5/ 222، ومختصر المزني / 219، وروضة الطالبين 8/ 378، 381، ونهاية المطلب خ. ج 7. ورقة: 225 ـ أ.
(4) انظر: الأم 5/ 222، وروضة الطالبين 8/ 381، ومغني المحتاج 3/ 390.
(5) في / ج: (وألحقنا).
(6) في / ج: (يحتمل).
(7) (الفراش) ساقط من / أ.
(8) في / أ: (بفراش).
(9) في / أ: (تنسب).
(10) في / أ: (فالأولى بها من كان أولى فعليه).
(11) في / ج: (فقد).

قولها في ابطال حق غيرها، وإن قبلنا[1] قولها في حق هي مؤتمنة فيه[2].

مسألة (611): الرجعية إذا راجعها زوجها، ثم طلقها من غير مسيس حادث استأنفت العدة على أحد القولين[3].

فأما المختلعة إذا نكحها زوجها في العدة[4]/ ، ثم طلقها من غير مسيس، فإنها **(260/ب)** تبني على العدة الأولى، ولا تستأنف قولاً واحداً[5].

والفرق بينهما: أنها إذا كانت مختلعة، فنكحها، فالنكاح الثاني غير الأول، ولا تصير مردودة إلى الأولى[6] بهذا النكاح، ولم يشتمل هذا النكاح الثاني على مسيس[7] يقتضي العدة، والمسيس[8] كان سابقاً في النكاح السابق، فلزمها إكمال تلك العدة السابقة.

فأما[9] إذا راجعها، ثم طلقها من غير مسيس، فقد ردها بالرجعة إلى النكاح الأول، وكان مشتملاً على المسيس، وهذا الطلاق طلاق عن ذلك[10] النكاح، فلزمها عقيب الطلاق استئناف[11] العدة، وصار، كما لو راجعها وأصابها، ثم طلقها[12].

---

(1) في /أ: (وقبلنا).

(2) عبر المؤلف ـ رحمه الله ـ بهذه العبارة، اشارة إلى أن العدة ليست حقاً للمرأة، وإنما هي حق للزوج. وقد سبق وأن أشار إلى ذلك. راجع: ص 364.

(3) سبق ذكر المسألة. راجع: ص 360 هامش 5.

(4) (في العدة) مكررة في /أ.

(5) انظر: نهاية المطلب خ. جـ 7 ورقة: 227 ـ أ، والمهذب 2/ 152، ومغني المحتاج 3/ 395.

(6) في /أ: (إلى الأول).

(7) في /أ: (المسيس).

(8) في /أ: (المسيس) بسقوط الواو قبلها.

(9) في /أ: (فإذا).

(10) (ذلك) ساقط من /جـ.

(11) في /أ: (واستئناف).

(12) فيلزمها أن تستأنف العدة.
انظر: المهذب 2/ 152، ومغني المحتاج 3/ 394.

مسألة (612): قال الشافعي ـ رحمه الله في الأم ـ: «إذا اشترى رجل[1] جارية معتدة من زوج، ثم انقضت[2] عدتها، فليس عليه أن يستبرئها»[3].

وقال في الإملاء[4]: «إذا[5] اشترى رجل أمة[6]،[معتدة فانقضت عدتها، فعليه أن يستبرئها][7]، وإذا زوج رجل أمته[8] رجلاً، فدخل بها، ثم طلقها، فاعتدت، فليس على السيد أن يستبرئها»[9].

واعتمد في كل واحد من الكتابين طريقاً في الفرق أوجب الفرق[10] بين المسألتين على التضاد.

فأما المعنى الذي اعتمده في الأم فهو: أن الاستبراء إنما يجب عند حدوث الملك على الفرج، فمتى ما حدث الملك على الفرج وجب الاستبراء، إلا أن يكون الفرج وقت حدوث الملك مشغولاً بحق الغير فحينئذ لا يجب الاستبراء، فعلى هذا يخرج ما قاله[11] في الأم: «فإذا اشترى جارية معتدة فانقضت عدتها فلا استبراء»؛ لأنه اشتراها وكان الفرج حين حدث عليه الملك مشغولاً بحق الغير فسقط

---

(1) في / ج: (الرجل).
(2) في / ج: (فانقضت).
(3) انظر: الأم 5/ 219، ونهاية المطلب.خ. جـ 7 ورقة: 263 ـ أ ـ ب. والسلسلة خ. ورقة: 136 ـ أ ـ ب.
(4) الإملاء من كتب الشافعي الجديدة.
انظر: طبقات الشافعية لابن هداية الله / 245، والاستغناء في الفرق والاستثناء 1/ 266.
(5) (إذا) مكررة في / أ.
(6) في / أ: (ينظر فيه).
(7) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(8) في / أ: (وإن زوج رجل أمة).
(9) في / أ: (أن يستبرها).
وانظر نصه في: الإملاء في نهاية المطلب.خ. جـ 7 ورقة: 263 ـ ب، والسلسلة خ. ورقة: 136 ـ ب.
(10) في / ج: (والفرق).
(11) في / ج: (ما قال).

الاستبراء، وإذا زوجها وطلقها[1] زوجها فاعتدت منه وجب على السيد أن يستبرئها[2]؛ لأن ملكه يحدث على الفرج حين تخرج من العدة، إذ كان[3] الفرج محرماً عليه إلى هذا الوقت، فحدث ملكه على الفرج وهو غير مشتغل بحق الغير فوجب عليه أن يستبرئها.

والدليل على أنه إذا كان الفرج في وقت وجوب الاستبراء مشتغلاً[4] بحق الغير لم يجب الاستبراء: أن السيد[5] إذا أعتق أم ولده أو مات عنها وهي تحت زوج لم يجب الاستبراء؛ لكون الفرج مشتغلاً بحق الغير[6].

والدليل على أن الملك إذا حدث والفرج غير مشتغل بحق الغير يوجب الاستبراء: أن الرجل إذا كاتب أمته، فعجزت وجب على السيد أن يستبرئها، / ولم (261/أ) يختلف[7] مذهب الشافعي فيه[8]، وكذلك إذا زوج رجل أمته فطلقها زوجها قبل الدخول بها وجب عليه أن يستبرئها[9]؛ لأن الملك حدث على الفرج وهو غير مشتغل بحق الغير، وهذا أيضاً مما لم يختلف المذهب فيه[10].

---

(1) في / ج: (فطلقها).
(2) في / أ: (أن لا يستبرئها).
(3) في / أ: (إذا كان).
(4) (مشتغلاً) ساقط من / ج.
(5) في / أ: (لأن السيد).
(6) انظر: الأم 5/ 218، ومختصر المزني / 225.
(7) في / ج: (لم يختلف) بسقوط الواو قبلها.
(8) (فيه) ساقط من / ج.
وانظر: الأم 5/ 99، ومختصر المزني / 226.
(9) في / أ: ج (وجب عليه يستبرها).
(10) انظر: الأم 5/ 99، والسلسلة. خ. ورقة: 136 ـ ب، ونهاية المطلب. خ. ج 7 ورقة: 263 ـ ب.
وذكر النووي رحمه الله ـ في وجوب الاستبراء قولين.
أظهرهما: وجوب الاستبراء.
ولعل مراد المؤلف ـ رحمه الله بقوله: مما لم يختلف المذهب فيه. أي: مما لم يختلف قول الشافعي فيه.
انظر: روضة الطالبين 8/ 428-429، ومغني المحتاج 3/ 409.

فأما المعنى الذي اعتمده في الإملاء: أن الملك إذا حدث على الفرج وجب الاستبراء كاملاً في ملك يمينه، وإن حدث الملك وهي مشتغلة بالاستبراء[1] حتى[2] وقع بعض الاستبراء في ملكه، وبعضه في غير ملكه لم يعتد بذلك الاستبراء ووجب[3] استئنافه، وإذا حصل في الملك استبراء كامل وقع الاكتفاء به ولم يجب غيره، فعلى هذا: إذا اشترى[4] الأمة وهي معتدة وانقضت[5] العدة وجب[6] عليه أن يستبرئها؛ لأن بعض تلك العدة كان في ملكه وبعضها[7] كان في غير ملكه، فإذا انقضت العدة وجب عليه الاستبراء، وإذا زوجها وطلقها[8] زوجها بعد الدخول، فاعتدت عنه لم يجب الاستبراء؛ لأن هذا الاستبراء بالعدة، وكان[9] كله في ملك السيد، فاكتفينا به[10] ولم نوجب[11] استبراءً ثانياً[12].



(1) في / أ: (الاستبراء).
(2) في / أ: (حين).
(3) في / أ: (وجب) بواو واحدة.
(4) في / ج: لو اشترى).
(5) في / ج: (فانقضت).
(6) (وجب) ساقط من / أ.
(7) في / أ: (وبعضه).
(8) في / ج: (فطلقها).
(9) في / أ: (كان) بسقوط الواو قبلها.
(10) (به) ساقط من / ج.
(11) في / أ: (ولم يجب).
(12) انظر هذين المعنيين في: السلسلة. خ. ورقة: 136 ـ ب، 137 ـ أ.

كتاب الرضاع

مسألة (613): اليسير من لبن الآدمية إذا تقطر في يسير[1] من الماء أو من الطعام ثم وصل ذلك الطعام كله إلى جوف الرضيع تعلقت به الحرمة[2]، إذا استجمع سائر الشرائط[3].

وإن وصل بعض ذلك الماء، أو بعض ذلك[4] الطعام إلى جوفه لم تتعلق به الحرمة[5] على الصحيح من المذهب[6].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا استوعب ذلك الطعام تيقناً أن اللبن قد وصل إلى جوفه؛ لأن عين اللبن كانت[7] مختلطة بذلك الطعام الذي استوعبه.

فأما إذا وصل بعضه إلى جوفه دون جميعه، فلسنا نتيقن[8] أن عين اللبن كانت[9] في ذلك[10] المقدار المطعوم دون المقدار الباقي، وكما لا نوقع بعد التحريم تحليلاً إلا بيقين، فكذلك لا نوقع بعد يقين التحليل تحريماً إلا بيقين.

---

(1) في /أ: (في اليسير).

(2) انظر: روضة الطالبين 9/ 4 - 5، ومغني المحتاج 3/ 415.

(3) وهي:

1 ـ أن يكون اللبن من امرأة حية محتملة للولادة.

2 ـ أن يصل اللبن إلى معدة الصبي الحي أو ما في معنى المعدة.

انظر: كفاية الأخيار 2/ 85، وروضة الطالبين 9/ 3-4، 6، والوجيز 2/ 105.

(4) (الماء أو بعض ذلك) ساقط من /ج.

(5) في /أ: (الحرمبه).

(6) وقيل: يثبت التحريم، وهو اختيار الصيمري والقاضي أبي الطيب.

انظر: روضة الطالبين 9/ 5، ومغني المحتاج 3/ 415.

(7) في /أ: (كان).

(8) في /أ: (نيقن).

(9) (كانت) ساقط من /ج.

(10) (ذلك) ساقط من /أ.

فإن قال قائل: أليست القطرة من النجاسة إذا وقعت في الماء القليل انتشر حكمها إلى الجميع، وإن لم تنتشر عينها إلى الجميع[1]؟ وقد قلتم في اللبن خلاف ذلك، فما الفرق؟.

قلنا: الفرق بينهما: أن نجاسة الماء تارة تكون عينية وتارة تكون حكمية[2]، ولا نتصور حرمة الرضاع إلا بوصول عين اللبن، فحكمنا بنجاسة جميع[3] الماء وإن تيقنا أن[4] عين النجاسة لم تنتشر إلى جميع أجزائه[5]، ولا نتيقن[6] وصول عين[7] اللبن بوصول بعض المختلط، والعين هي المعتبرة/ [8]. (261/ب)

مسألة (614): المحرم إذا تعاطى طعاماً فيه طيب والطيب مغلوب[9] بالطعام مستهلك بحيث لا يظهر له لون ولا رائحة[10] ولا[11] طعم لم تلزمه[12] الفدية[13].

---

(1) فينجس.
انظر: الشرح الكبير 1/ 196، والمجموع 1/ 110-112، وكفاية الأخيار 1/ 7.
(2) سبق تعريفهما في جـ1 ص 63.
(3) (جميع) ساقط من /أ.
(4) (أن) ساقط من /أ.
(5) في /أ: (جز جزاً).
(6) في /ج: (ولا ونتيقن).
(7) (عين) ساقط من /أ.
(8) في /أ: (في المعتبرة).
(9) في /أ: (معلوف).
(10) في ج: (ولا رائحة له).
(11) في /ج: خلط الناسخ فجاء بعد هذه اللفظة بكلام من وسط المسألة وهو: ألا ترى أن المسك إذا تطاول عليه الزمان. ثم جاء بعبارة مكررة وهي: لا يظهر له لون ولا رائحة ولا طعم، ثم بعد ذلك أكمل المسألة.
(12) في /ج: (فلا تلزمه).
(13) بلا خلاف.
انظر: المجموع 7/ 273، والشرح الكبير 7/ 458.

وإذا وصل إلى جوف الصبي لبن مغلوب بالطعام تعلقت الحرمة به، وإن لم يظهر له لون ولا طعم ولا رائحة[1].

والفرق بين المسألتين: أن المحرم إنما تلزمه[2] الفدية بأن يستمتع برائحة الطيب، ولا تلزمه الفدية[3] إذا استعمل عينه ولا رائحة له[4].

[ألا ترى[5] أن المسك إذا ذهبت رائحته بتطاول الزمان][6]، وذهب طيبه[7] فشده المحرم على طرف ردائه لم تلزمه الفدية[8]، ولو كانت رائحته[9] تفوح حين شده على طرف ردائه لزمه الفدية[10]؛ فلذلك قلنا: إذا أكل طعاماً والطيب فيه مستهلك لا تفوح له رائحة فالفدية فيه[11] غير واجبة.

فأما حرمة الرضاع فالاعتبار فيها بأن يصل إلى جوف الرضيع[12] عين اللبن يقيناً، والعين قد وصلت، وإن كانت مستهلكة، وليس يتوقف إنبات اللحم وانتشار العظم وفتق الأمعاء إلا بوصول العين[13] سواء كانت مغلوبة أو غالبة.

---

(1) على أظهر القولين.
والقول الآخر: أنه لا يحرم؛ لأن المغلوب المستهلك كالمعدوم.
انظر: مغني المحتاج 3/ 415، ونهاية المحتاج 7/ 173-174، وروضة الطالبين 9/ 4.

(2) في /أ: (يلتزم).

(3) (الفدية) ساقط من /ج.

(4) (ولا رائحة له) سقط من /ج.
وانظر: المجموع 7/ 373، والشرح الكبير 7/ 459.

(5) في /أ: (اترا) ثم صححها بالمثبت.

(6) ما بين الحاصرتين قدمه الناسخ في /ج إلى أول المسألة، كما سبقت الإشارة إليه.

(7) في /ج: (فزالت رائحته وذهب طيبه).

(8) انظر: المجموع 7/ 272، والشرح الكبير 7/ 460.

(9) في /ج: (ولو كانت له رائحة).

(10) في /ج: (وجب عليه الفدية).

(11) (فيه) ساقط من /ج.

(12) في /أ: (الصبي).

(13) في /أ: (وأسار الطعام وفتق إلا بالفتق).

مسألة (615): اللبن اليسير إذا تقطر في الماء، فقال رجل: والله لا أشرب ماء فشربه[1] حنث[2].

ولو قال: والله لا أشرب لبناً، فشربه لم يحنث[3]، وإذا شربه الرضيع كان حكمه حكم اللبن، وتعلقت الحرمة به[4].

وإنما فصلنا بين حكم الحرمة وبين حكم الأيمان: لأن الاعتبار في الحرمة بوصول عين اللبن، وقد وصل اللبن إلى جوفه، وكذلك علقنا الحرمة بالأقط والجبن[5]، ولا يتصور فيهما فعل الشرب، ولكنهما يتصور فيهما وصول[6] عين اللبن مع الحالة الحادثة والتغير الموجود.

فأما البر والحنث في الأيمان فإنهما معلقان بحقائق[7] الأسماء والألفاظ واسم الماء يطلق على هذا المشروب، واسم اللبن لا يطلق عليه.

وكذلك اعتبرنا أوصاف الأفعال في الأيمان دون شرب الألبان، حتى إذا قال: والله لا آكل خبزاً فماثه[8] في ماء ثم[9] تحساه[10] لم يحنث[11]، وكذلك لو قال:

---

(1) في /أ: (فشرب).

(2) انظر: قليوبي وعميرة 1/ 19.

(3) انظر: التهذيب.خ. ج 4 ورقة: 197 ـ ب، وروضة الطالبين 11/ 41.

(4) تقدمت المسألة. انظر ص: 389.

(5) لا يشترط لثبوت التحريم بقاء اللبن على هيئته حالة انفصاله عن الثدي.
انظر: روضة الطالبين 9/ 4، ومغني المحتاج 3/ 415.

(6) (يتصور فيهما وصول) ساقط من /أ.

(7) في /أ: (يتعلقان بحقيق).

(8) ماث الشيء ميثاً: مرسه. وكل شيء مرسته في الماء فذاب فيه، من زعفران وتمر وزبيب واقط، فقد مثه وميّثته.
انظر: لسان العرب 2/ 192، ومعجم مقاييس اللغة 5/ 284.

(9) (ثم) ساقط من /أ.

(10) الحساء: طبيخ يتخذ من دقيق وماء ودهن وقد يحلى ويكون رقيقاً يحسى.
والمراد هنا: شرب الحساء. تقول: حسوت شربت حسواً وحساء، واحسيته المرق فحساه واحتساه وتحساه.
انظر: لسان العرب 14/ 176 ـ 177، والقاموس المحيط 4/ 317.

(11) انظر: روضة الطالبين 11/ 38، ومغني المحتاج 4/ 339.

والله[1] لا أشرب ماءً فأكل طعاماً وفيه ماء لم يحنث في يمينه[2]، فاعتبرنا كل أصل بما هو مبني عليه.

مسألة (616): إذا كان لرجل[3] امرأة كبيرة لها[4] لبن، فأرضعت زوجته الصغيرة خمساً حرمت عليه إن كان اللبن منه[5]، وكذلك لو كان[6] اللبن من غيره إلا أنه كان[7] قد دخل بالكبيرة، فإنها[8] في إحدى[9] الحالتين تصير بنتاً له، وفي الحالة الثانية. وهي إذا كان اللبن من غيره[10]. تصير ربيبة من امرأة[11] دخل بها[12].

ولو أنها أرضعت مملوكة له[13] صغيرة، فحرمتها عليه بواحدة / من هاتين **(262/أ)** الجهتين[14] صار الوطء بملك اليمين محرماً، كما صار النكاح محرماً[15]، غير أنها[16] بالإرضاع في النكاح غارمة، وفي ملك اليمين غير غارمة[17].

---

(1) (والله) ساقط من / ج.

(2) انظر: روضة الطالبين 11/ 41، والوجيز 2/ 227.

(3) في / ج: (للرجل).

(4) في / أ: (ولها).

(5) وينفسخ نكاحهما، وتحرمان إلى الأبد.
انظر: روضة الطالبين 9/ 26، ومغني المحتاج 3/ 422.

(6) في / أ: (إن كان).

(7) (كان) ساقط من / أ.

(8) في / أ: (لأنها).

(9) في / أ: (أحد).

(10) (وهي إذا كان اللبن من غيره) ساقط من / أ.

(11) في / أ: (لبيبه امرأة).

(12) انظر: المرجعين السابقين.

(13) (له) ساقط من / ج.

(14) بجهة كون اللبن منه، أو من غيره ودخل بها.

(15) انظر: روضة الطالبين 9/ 25، ومغني المحتاج 3/ 422.

(16) (أنها) مكررة في / أ.

(17) انظر: روضة الطالبين 9/ 26.

والفرق بين المسألتين: أن المقصود من النكاح حل البضع، وقد فوتت عليه هذا[1] المقصود بالإرضاع، فلا بد من الغرم.

فأما ملك اليمين، فليس المقصود منه حل البضع، وإنما المقصود منه معنى المال، وما فوت عليه بالإرضاع معنى المال.

ولهذه النكتة قلنا: يشتري[2] الرجل من لا يستبيح وطئها ولا ينكح إلا من يستبيحها[3]، وكذلك[4] قلنا: لو اشترى مملوكة، فاستبان أنها محرمة عليه بلبن، أو نسب أو صهر فليس له ردها بالعيب[5]، ولو كان فوات المقصود يتعلق بالحرمة في ملك اليمين، لكان له ردها، كما يرد في النكاح الرتقا[6] والقرنا[7] بالفوات[8] المقصود[9].

وكذلك قلنا: لو اشترى من رجل جارية رضيعة، ثم إن المشتري استرضعها[10] أم البائع فأرضعتها وحرمتها على البائع، ثم وجد المشتري بها

(1) (هذا) ساقط من / أ.

(2) في / أ: (إذا اشترى).

(3) في / جـ: (إلا من يسحا).

قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: (ولا يصلح أن ينكح امرأة لا يحل له جماعها، وقد يصلح أن يشتري من لا يحل له جماعها) أ. هـ.

الأم 5/ 179.

(4) في / أ: (فلذلك).

(5) انظر: الشرح الكبير 8/ 329، وروضة الطالبين 3/ 462.

(6) في / أ: (القرنا). وتقدم تعريف الرتق في جـ3 ص 155.

(7) القرن: باسكان الراء وفتحها: غدة أو عظم أو لحمة في الفرج تمنع سلوك الذكر فيه. وهو العفلة.

انظر: لسان العرب 13/ 335، والزاهر / 316، وتهذيب الأسماء واللغات 3/ 91.

(8) في / أ: (بالقول).

(9) للزوج الخيار في الرد إذا وجد زوجته رتقاء، أو قرناء.

انظر: روضة الطالبين 7/ 176 ـ 177، ومغني المحتاج 3/ 202.

(10) في / جـ: (أضعتها).

عيباً كان له ردها بالعيب، ولم يكن للبائع أن يمتنع ويعتذر بالحرمة[1] العارضة[2].

مسألة (617): إذا كان لرجل زوجة كبيرة وله خمس بنات مراضع، وتحته مع الكبيرة صغيرة رضيعة، فأرضعتها كل واحدة من بنات الكبيرة رضعة[3] حتى استكملت الخمس ثبتت[4] الحرمة[5] على الصحيح من المذهب[6]، وصارت الكبيرة جدة للصغيرة، وبطل نكاحهما[7] جميعاً بالتدافع[8].

ومثله[9]: لو كان للزوج زوجة صغيرة وأم ولد مرضع[10] بلبنه، وامرأة ابن ترضع[11] بلبن الابن، وجدة من جهة الأب، وجدة من جهة الأم، وامرأة أب، فأرضعت كل واحدة منهن زوجته الصغيرة[12] رضعة واحدة لم تثبت حرمة

---

(1) في /أ: (تعذر بالحرمية).

(2) لأن القيمة لا تنقص بذلك.
انظر: الشرح الكبير 8/ 351، وروضة الطالبين 3/ 481.

(3) في /أ: (رضعت).

(4) في /جـ: (ثبت).

(5) (الحرمة) ساقط من /أ.

(6) بناء على القول الأصح: أن اللبن المتفرق يجمع في حرمة الرضاع.
أما إذا قلنا: لا يجمع فلا يثبت التحريم.
انظر: السلسة خ. ورقة: 139 ـ ب، 140 ـ أ، ونهاية المطلب. خ. جـ 7 ورقة: 285 ـ أ، وروضة الطالبين 9/ 10.

(7) في /أ: (نكاحها).

(8) في /أ: (بالتراضع).
وانظر: السلسلة خ. ورقة: 139 ـ ب، 140 ـ أ، ونهاية المطلب. خ. جـ 7 ورقة: 285 ـ أ.

(9) في /جـ: (وبمثله).

(10) في /أ: (يرضع).

(11) في /أ: (وامرأته ابن يرضع).

(12) (زوجته الصغيرة) ساقط من /أ.

الرضاع[1]، وما سوى ذلك من المذهب فمستضعف جداً[2].

والفرق بين المسألتين: أن بنات الكبيرة إذا أرضعن الصغيرة رضعة رضعة فجمعنا ألبانهن وجدنا لجمعها[3] طريقة سديدة ممتدة في التحريم بأن نقول: صارت هذه الألبان منسوبة بالجمع في حق الكبيرة؛ لانتساب بناتهن إليها، فصارت الكبيرة جدة لهذه الصغيرة، وإذا اجتمعت الجدة[4] وبنت بنتها، أو بنت ابنها تحت الرجل الواحد صارتا متدافعتين[5] وبطل نكاحهما[6].

فأما المسألة الثانية فلسنا نجد فيها لجمع الألبان المتفرقة طريقة واحدة من طرق الحرمة؛ لأن إحداهن امرأة ابنه، والأخرى امرأة أبيه[7]، والأخرى أم ولده[8]، والباقيتان[9] / جدتان: إحداهما[10] من قبل أبيه[11] والأخرى من قبل أمه، ولا يمكننا تحريم امرأة؛ لمعانٍ[12] مختلفة، لا يتم[13] واحد منها في النسبة (262/ب)

---

(1) لاختلاف الجهة.
انظر: نهاية المطلب.خ. ج 7. ورقة: 285 ـ أ ـ ب، والسلسلة. خ ورقة: 140 ـ أ ـ ب.
(2) وهو القول بثبوت الحرمة.
انظر المرجعين السابقين.
(3) في /ج: (لجميعها).
(4) (الجدة)ساقط من /ج.
(5) في /أ: (فمعتبره).
(6) في /أ: (نكاحها).
وانظر: السلسلة خ. ورقة: 140 ـ أ، وروضة الطالبين 9/ 32.
(7) (والأخرى امرأة أبيه) ساقط من /أ.
(8) في /أ: (أم الولد).
(9) في /أ: (والباقيان).
(10) في /أ: (أحديها).
(11) في /أ: (من قبل ابنه).
(12) (لمعان) ساقط من /أ.
(13) في /أ: (ولا يتم).

والإضافة بأن نقول: خمسها [بنته، وخمسها أخته، وخمسها][1] بنت ابنه، وخمسها عمته، وخمسها خالته، فهذا فرق ما بين المسألتين[2].

مسألة (618): المنصوص عليه للشافعي ـ رحمه الله في كتاب الرضاع ـ: أن المرضعة بتفويت النكاح تغرم نصف مهر المثل[3]، والمنصوص عليه في كتاب الشهادات ما يدل[4] بظاهره على أن شهود الزور بتفويت النكاح يغرمون جميع مهر المثل[5]. والمسألتان منصوصتان قبل المسيس.

فأما بعد المسيس فالغرامة في المسألتين جميع مهر[6] المثل، ولا إشكال فيه[7].

والفرق بين الرضاع وبين شهادة[8] الزور: أن الشهود إذا شهدوا عند الحاكم[9] ففرق القاضي بشهادتهم بين الزوج والزوجة[10] كانت تلك الشهادة سبب حيلولة

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(2) في / أ: (فهذا فرقا بين المسألتين).

(3) في / أ: (نصف مثل المهر).

قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو تزوج رجل صبية، ثم أرضعتها أمه التي ولدته، أو أمه من الرضاع، أو ابنته من نسب، أو رضاع أو امرأة ابنه من نسب، أو رضاع بلبن ابنه حرمت عليه الصبية أبداً، وكان لها عليه نصف المهر ورجع على التي أرضعتها بنصف صداق مثلها». أ. هـ.

الأم 5/ 32، وانظر: مختصر المزني / 228.

(4) في / ج: (مما يدل).

(5) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ بعدما ذكر حكم الرجوع عن الشهادة: «ولو كان هذا في طلاق ثلاث أغرمتهم للزوج صداق مثلها دخل بها، أو لم يدخل بها؛ لأنهم حرموها عليه فلم يكن لها قيمة إلا مهر مثلها ولا ألتفت إلى ما أعطاها» أ. هـ. مختصر المزني / 312.

(6) (مهر) ساقط من / ج.

(7) انظر: الأم 7/ 55، ومختصر المزني / 312، ونهاية المطلب.خ. جـ 7. ورقة: 276 ـ أ ـ 277 ـ أ، وأدب القاضي لابن القاص 2/ 396.

(8) في / ج: (وشهادة).

(9) (عند الحاكم) ساقط من / أ.

(10) في / أ: (ففرق القاضي بينها وبين الزوج بشهادتهما).

في الظاهر دون الباطن؛ لأن القضاء بشهادة الزور ينفذ ظاهراً ولا ينفذ باطناً[1]، وقضاء القاضي عندنا[2] لا يحيل الأمور عما هي عليه عند الله تعالى[3]، وهذا معنى قول رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة[4] من النار»[5]، فصارت هذه الحيلولة كالحيلولة الواقعة بين السيد وبين العبد[6] المغصوب الآبق من يد الغاصب، فيغرم الغاصب جميع قيمته[7]، فكذلك الشهود يغرمون جميع القيمة.

فأما المرضعة إذا أفسدت[8] بالرضاع نكاحاً[9]، فالحرمة الواقعة وقعت ظاهرة وباطنة، فانتشرت[10] الحرمة الواقعة بالطلاق، والبضع عند الطلاق قبل المسيس

---

(1) انظر: نهاية المطلب.خ. جـ 7 ورقة: 276 ـ أ، وأدب القاضي لابن القاص 2/ 396.
(2) (عندنا) ساقط من / جـ.
(3) وهو مذهب مالك وأحمد في أشهر روايتيه.
وذهب أبو حنيفة وأحمد في الرواية الثانية إلى أن حكم الحاكم ينفذ ظاهراً وباطناً.
انظر: أدب القضاء 1/ 416، وروضة الطالبين 11/ 152 ـ 153، ومغني المحتاج 4/ 397، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد 2/ 461، والإشراف 2/ 284، والمغني 9/ 58، والفروع 6/ 490، ورؤوس المسائل / 528، والمبسوط 16/ 180، ومختصر الطحاوي / 350.
(4) (قطعة) ساقط من / جـ.
(5) الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن أم سلمة ـ رضي الله عنها ـ قالت: قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «إنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً بقوله فإنما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذها».
أخرجه البخاري في كتاب «الشهادات» باب «من أقام البينة بعد اليمين»، وقال النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: لعل بعضهم ألحن بحجته من بعض، حديث (43)، ومسلم في كتاب «الأقضية» باب «الحكم بالظاهر واللحن بالحجة» حديث (1713).
(6) في / جـ: (والعبد).
(7) انظر: المنثور في القواعد 2/ 91، وروضة الطالبين 9/ 21.
(8) في / أ: (إذا فسدت).
(9) في / جـ: (نكاحها).
(10) في / أ: (وقعت ظاهراً وباطناً فانتشرت الحرمة الواقعة ووقعت ظاهرة وباطنة فانتشرت).

يكون مضموناً بنصف [المسمى، فكذلك يصير مضموناً عند الاستهلاك على المرضعة بنصف][1] مهر المثل دون جميعه[2].

مسألة (619): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «المرأة[3] إذا أرضعت صغيرتين تحت زوج إحداهما[4] بعد الأخرى حتى أكملت الرضاع بطل نكاح الأولى، وفي نكاح الثانية قولان.

أحدهما: أنه قد بطل، فكأنه نكح[5] أختين معاً.

والثاني: أنه لم يبطل، وكأنه نكح أختاً على أخت[6].

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.

(2) هذا أحد الطرق في النصين. وهو الصحيح.
الطريق الثاني: جعل المسألتين على قولين بالنقل والتخريج.
الطريق الثالث: يرجع في الرضاع بنصف المهر.
والشهادة على اختلاف حالين:
فحيث قال: يرجع على الشاهدين بجميع المهر: إذا كان الزوج قد ساق المهر إليها جميعه.
وحيث قال: يرجع بنصفه: إذا كان قد دفع إليها نصفه.
انظر: المسألتين مع الفرق بينهما في: المنثور في القواعد 2/ 90 ـ 91، وروضة الطالبين 9/ 21، وحلية العلماء 7/ 283 ـ 284، ونهاية المطلب.خ. جـ 7. ورقة: 276 ـ أ ـ ب.

(3) (المرأة) ساقط من / جـ.

(4) في / أ: (أحديهما).

(5) في / جـ: (نكاح).

(6) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «وإن أرضعت الأخريين بعد متفرقين لم تحرما عليه معاً؛ لأنها لم ترضع واحدة منهما إلا بعدما بانت منه هي والأولى ولكن ثبتت عقدة التي أرضعتها بعدما بانت الأولى ويسقط نكاح التي أرضعت بعدها؛ لأنها أخت امرأته، فكانت كامرأة نكحت على أختها. قال الربيع: وفيه قول آخر: أنها إذا أرضعت الرابعة خمس رضعات فقد أكملت الثالثة والرابعة خمس رضعات وبهن حرمت الرابعة فكأنه جامع بين الأختين من الرضاعة فينفسخن معاً ويتزوج من شاء منهن» أ.هـ الأم 5/ 32 ـ 33، وانظر: مختصر المزني / 228.

وقال: إذا كان تحت الرجل كبيرة مرضعة[1] وصغيرة مرضعة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة بطل نكاحهما، وجعله[2] كالجمع بين الأم وابنتها ولم يجعله[3] كنكاح البنت على الأم[4].

وذكر بعض مشايخنا الفرق[5] بين المسألتين بأن قال: إنما ينفسخ نكاح الأم والبنت جميعاً؛ لأنه لم يفتقر[6] في ذلك إلى ارضاع شخصين، بل/ (263/أ) حصل هذا المعنى بينهما بإرضاع واحدة وهو[7] إرضاع الكبيرة الصغيرة؛ فلذلك انفسخ النكاحان معاً، وصار كما لو تزوج صغيرتين رضيعتين فأرضعت إحداهما[8] أم الأخرى انفسخ نكاح الصغيرتين جميعاً؛ لأنه لا[9] يفتقر[10] في[11] إيجاد الأخوة بينهما إلى إرضاع[12] شخصين، بل لما أُرضعت صغيرة واحدة حصلت الأخوة فانفسخ النكاحان[13].

---

(1) في /أ: (مرضعت).

(2) في /ج: (وجعل).

(3) في /ج: (ولم يجعل).

(4) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ولو تزوج امرأة فلم يصبها حتى تزوج عليها صبية ترضع فأرضعتها حرمت عليه المرأة الأم بكل حال؛ لأنها من أمهات نسائه ولا نصف مهر ولا متعة لها؛ لأنها أفسدت نكاح نفسها ويفسد نكاح الصبية بلا طلاق؛ لأنها صارت في ملكه وأمها معها؛ ولأن التي أرضعتها لم تصر أمها وهذه ابنتها إلا في وقت فكانتا في هذا الموضع، كمن ابتدأ نكاح امرأة وابنتها، فلها نصف المهر بفساد النكاح فيرجع على امرأته التي أرضعتها بنصف مهر مثلها» أ. هـ الأم 5/ 32، وانظر: مختصر المزني / 228.

(5) في /أ، ج: (والفرق) والصواب ما أثبت.

(6) في /أ: (لم يقتصر).

(7) في /أ: (وهي).

(8) في /أ: (أحديهما).

(9) (لا) ساقط من /أ.

(10) في /ج: (يقتصر).

(11) (في) ساقط من /أ.

(12) في /أ: (على ارضاع).

(13) أما الصغيرة الأولى فيبطل نكاحها قولاً واحداً، وأما الثانية ففيه قولان.
انظر: السلسلة.خ. ورقة: 131 ـ أ، وروضة الطالبين 9/ 28، ومغني المحتاج 3/ 421.

فأما في المسألة الأخرى فليس كذلك؛ لأن الأخوة لا تحصل بينهما[1] إلا بارضاع شخصين، وحصل إرضاع إحداهما[2] قبل الأخرى، وإذا وجد سبب الاجتماع على الترتيب فكانت إحداهما[3] فيه بعد الأخرى لم يبطل نكاح الأولى وبطل[4] نكاح الثانية، كما لو نكح أختاً على أخت كان نكاح الثانية باطلاً[5].

وذكر بعض مشايخنا فرقاً ثانياً وقال: إنك لا تحكم[6] في مسألة الأم والبنت بأن نكاحهما ينفسخ بسبب واحد، بل انفسخ نكاحهما بسببين:

أما نكاح البنت فإنما انفسخ بسبب اجتماعهما مع الأم، وأما نكاح الأم فإنما انفسخ؛ لأنها[7] صارت من أمهات نسائه.

ألا ترى أنه لو طلق الصغيرة[8] قبل أن ترضعها الكبيرة ثم جاءت الكبيرة فأرضعت المطلقة الصغيرة بطل نكاحها وحرمت عليه أبداً؛ لأنها صارت من أمهات نسائه[9].

وأما نكاح الأختين فسبب فساده واحد[10] وهو: اجتماعهما في الأخوة، وسبب الأخوة قد وجد بينهما على الترتيب، لا على الجمع.

ومن قال بهذا الفرق لم يقطع القول في المسألة التي استشهد بها من قال[11] بالتفريق[12] الأول، بل يقول إذا جاءت أم إحدى الرضيعتين فأرضعت

(1) في /أ: (منهما).
(2) في /أ: (احديهما).
(3) في /أ: (احديهما).
(4) في /أ: (فبطل نكاح الأولى ولم يبطل).
(5) انظر: المهذب 2/ 158.
(6) في /ج: (أنا لا نحكم).
(7) في /أ: (بأنها).
(8) (الصغيرة) ساقط من /ج.
(9) انظر: مغني المحتاج 3/ 421، وروضة الطالبين 9/ 24.
(10) (واحد) ساقط من /ج.
(11) (من قال) ساقط من /أ.
(12) في /أ: (في الفرق).

الأخرى[1] فهي مسألة القولين، كالأجنبية إذا أرضعت إحداهما[2] بعد الأخرى كان نكاح الثانية باطلاً، ونكاح الأولى صحيحاً في أحد القولين، وكذلك نكاح المرضعة باطل، وفي نكاح الأخرى قولان.

مسألة (620): إذا كان تحت رجل[3] صغيرتان رضيعتان[4]، وكبيرتان مرضعتان، فأرضعت[5] كل واحدة من [الكبيرتين كل واحدة من][6] الصغيرتين نظرنا في كيفية إرضاعهما،، فإن أرضعت الكبيرة الثانية الصغيرتين على مثل ترتيب إرضاع الكبيرة الأولى انفسخ نكاح الكبيرتين، ونكاح الصغيرة[7] التي أرضعتاها أولاً، [وأما نكاح الصغيرة التي أرضعتاها][8] آخراً، فهو بحاله إذا لم يكن دخل بالكبيرتين[9]، ولو أن الكبيرة الثانية أرضعت الصغيرتين على العكس من فعل الكبيرة الأولى، انفسخ[10] نكاح الأربع[11].

والفرق بين الصورتين: أن الكبيرة الأولى لما أرضعت الصغيرة الأولى اجتمع الأم وبنتها[12] في النكاح، فانفسخ نكاحهما جميعاً، فلما أرضعت هذه الكبيرة (263/ب) / الصغيرة الثانية أرضعتها وهي بائنة، فلم ينفسخ نكاح تلك الصغيرة؛

(1) في / ج: (الأخيرة).
(2) في / أ: (أحديهما).
(3) في/ ج: (الرجل).
(4) (رضيعتان) ساقط من / ج.
(5) (فارضعت) ساقط من / أ.
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(7) في / أ: (الصغيرتين).
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(9) انظر: روضة الطالبين 9/ 29، ونهاية المطلب خ. ج 7 ورقة: 282 ـ أ ـ ب.
(10) في / أ: (انفساخ).
(11) انظر: المرجعين السابقين.
(12) في / ج: (وابنتها).

لعدم[1] الاجتماع، فلما جاءت الكبيرة الثانية فأرضعت الصغيرة الأولى صارت من أمهات نسائه، وانفسخ نكاحها، فلما أرضعت الصغيرة الثانية أرضعتها وهي بائنة، فلم ينفسخ نكاح الصغيرة الثانية.

فأما إذا كان فعل الكبيرتين على العكس[2]، فكل واحدة من الكبيرتين لما أرضعت الصغيرة التي أرضعتها اجتمعت[3] الأم وابنتها في النكاح، فانفسخ نكاح الأربع.

مسألة (621): إذا اعترف الرجل برضاع بينه وبين امرأته[4] ثبتت الحرمة، وسواء كان ذلك في النكاح أو قبل النكاح[5].

وإذا اعترفت المرأة برضاع بينها وبين الرجل[6] فإن كان النكاح يومئذٍ قائماً بينهما لم يقبل قولها عليه ما لم يعترف، كما اعترفت[7]، وإن لم يكن بينهما نكاح حين اعترفت كان قولها مقبولاً، فإذا[8] أراد[9] بعد ذلك أن يتناكحا، فلا سبيل لهما إليه[10].

---

(1) في /أ: (ولعدم).
(2) في /أ: (فأما إذا كان فعلها على العكس).
(3) في /أ: (اجتمع).
(4) في /ج: (وبين المرأة).
(5) انظر: روضة الطالبين 9/ 34، ومغني المحتاج 3/ 423، والوجيز 2/ 109.
(6) في /ج: (وبين رجل).
(7) هذا إذا جرى التزويج برضاها.
أما إن جرى بغير رضاها، ففيه وجهان:
الوجه الأول: أن الزوج هو المصدق بيمينه وهو ظاهر كلام الشافعي وصححه الغزالي.
الوجه الثاني: أنها المصدقة بيمينها وهو الأصح عند الشيخ أبي علي وبه أجاب المتولي والبغوي، ونقله القفال عن النص.
انظر: روضة الطالبين 7/ 243 ـ 244، 9/ 34، ومغني المحتاج 3/ 423.
(8) في /ج: (فإن).
(9) في /أ، ج: (أراد) والصواب ما أثبت والله أعلم.
(10) انظر: الأم 5/ 35، ومختصر المزني / 230، وروضة الطالبين 7/ 244.

والفرق بين حالتيهما: أنها[1] إذا اعترفت والزوجية[2] قائمة، فقد قصدت[3] رفع النكاح بينها[4] وبين زوجها، فالقول قول الزوج ولذلك سوينا في جانب الرجل بين أن يعترف والنكاح قائم، وبين أن يعترف والنكاح مفقود، لأن المرجع إليه في ألفاظ الفراق.

فأما إذا اعترفت المرأة بالرضاع، ولا نكاح يومئذٍ، فهي بهذا[5] الاعتراف غير معترضة على حق ثابت لزوجها، لكنها اعترفت لله سبحانه وتعالى على جهة الندب[6]، فإذا أرادت بعد الاعتراف مناكحته، فقد رجعت عما قالت فلا تأثير لرجوعها، والاعتبار بإقرارها السابق، بخلاف ما لو جحدت الرجعة، ثم اعترفت[7] بها فتكون كمن جحدت حقاً، ثم أقرت به[8].

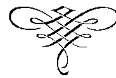
مسألة (622): البنت البالغة[9] إذا زوجت فاعترفت برضاع بينها وبين زوجها [ولم يصدقها لم يقبل قولها[10]، بخلاف البكر إذا زوجها أبوها، ثم ادعت رضاعاً بينها وبين زوجها][11] فقولها مقبول[12]، وهذا من نوادر كتاب الرضاع في قبول قول المرأة على الزوج.

(1) في / أ: (أنهما).
(2) في / أ: (والزوجة والزوجية).
(3) في / ج: (قصد).
(4) في / أ: (بينهما).
(5) في / أ: (وهي بهذه).
(6) في / أ: (على جهة النذير).
(7) في / ج: (بما اعترفت).
(8) فيقبل اعترافها، كما يقبل إقرارها بالحق؛ لأن الرجعة حق الزوج.
انظر: مغني المحتاج 3/ 342، وقليوبي وعميرة 4/ 7، وروضة الطالبين 8/ 226.
(9) في / ج: (البالغ).
(10) انظر: روضة الطالبين 7/ 243، ومغني المحتاج 3/ 423.
(11) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(12) على أحد الوجهين.
وسبق ذكر الوجهين في ص: 403 هامش 7.

والفرق بين المسألتين: أنها[1] إذا كانت ثيباً فالنكاح لا ينعقد عليها إلا باستئمارها واستئذانها، فإذا أذنت فقد صرحت بأنها حلال للزوج، وأن لا حرمة بينها وبين الزوج[2]، ولو أقرت بشيء، ثم رجعت عن إقرارها لم ينفع رجوعها.

فأما[3] البكر فمعقول أن أباها يجبرها على النكاح، فإذا زوجها من غير استئذان، ثم ذكرت رضاعاً لم تكن مكذبة نفسها بنفسها؛ لأن/ الإذن غير سابق **(264/أ)** منها.

ولمثل هذه النكتة نقول: إذا باع الرجل عبده، ثم أقر بأنه كان أعتقه لم يقبل قوله ولم ينقض بيعه[4]، ولو باع القاضي عبد رجل غائب في دينه فرجع وأقام البينة على أنه كان أعتقه بتاريخ متقدم على بيع القاضي فبيعه باطل، والعتق نافذ؛ لأن القاضي باع وليس عنده خبر[5] العتق[6]، وعلى هذا نظائر هذا الباب.



---

(1) في / ج: (أنه).
(2) في / ج: (ولا حرمة بينها وبينه).
(3) في / ج: (وأما).
(4) انظر: روضة الطالبين 7/ 244، والمطلب العالي. خ. ج 19 ورقة: 83 ـ أ.
(5) في / أ: (وليس عبده حر).
(6) انظر المرجعين السابقين.

كتاب النفقات

مسألة (623): المكاتب إذا كان له ولد من امرأته الأمة، فليس له أن ينفق عليه من مال الكتابة، وكذلك ولده من امرأته الحرة[1]، وإذا كان له ولد من مملوكته لزمه أن ينفق عليه من مال الكتابة[2].

والفرق بينهما: أن ولده إذا كان من مملوكته، فهو تبع له يعتق بعتقه ويرق برقه، فكان حكمه حكمه، فأما ولده من امرأته الحرة، فحر ونفقته[3] تكون[4] على الأم دون الأب المملوك، وأما ولده من امرأته المملوكة للغير[5]، فعبد سيده[6] المملوك لا يعتق بعتق المكاتب، فتجب نفقته على سيد الأم.

مسألة (624): المرأة المخدومة تستحق نفقة خادمتها[7]، ولخادمتها[8] على الزوج أن يعطيها الخف[9].

فأما العروس، فليس لها على الزوج خف[10].

---

(1) انظر: روضة الطالبين 9/ 96، والمعاياة خ. ورقة: 149 ـ ب، 150 ـ أ، ومغني المحتاج 3/ 447.

(2) انظر: المراجع السابقة.

(3) (فحر ونفقته) ساقط من / أ.

(4) (تكون) ساقط من / ج.

(5) (للغير) ساقط من / ج.

(6) في / أ: (فعبد السيد).

(7) انظر: مغني المحتاج 3/ 433، ونهاية المحتاج 7/ 197 ـ 198، وروضة الطالبين 9/ 44، 52.

(8) في / أ: (خادمها ولخادمها).

(9) انظر: روضة الطالبين 9/ 49، ومغني المحتاج 3/ 433، ونهاية المحتاج 7/ 198.

(10) قال الشربيني ـ في مغني المحتاج بعدما ذكر عدم وجوب الخف والرداء ـ: «هذا هو المنقول، ولكن الأوجه، كما قال شيخنا وجوبهما للمخدومة أيضاً، فإنها قد تحتاج إلى الخروج إلى الحمام، أو غيره من الضرورات، وإن كان نادراً» أ. هـ. مغني المحتاج 3/ 433، وانظر: روضة الطالبين 9/ 49، ونهاية المحتاج 7/ 198.

والفرق بينهما: أن الخادمة لا تستغني في حاجات العروس عن التردد[1] ودخول الأسواق.

فأما العروس، فلا حاجة لها إلى الخروج.

وللعروس مؤنة المشط والدهن[2]، وليس ذلك للخادمة[3].

والفرق: أن العروس: لا تجد بداً من التنظف، والتزين[4] له[5]، وله حق الاستمتاع بها دون الخادمة، [فلا يلتزم للخادمة ما يكون من مؤنة التنظيف وعمارة البدن][6].

مسألة (625): قال الشافعي ـ رحمه الله في كتاب النفقات: «من لم تكمل فيه الحرية، فهو كالمملوك»[7]، فجعل نفقة زوجته، كنفقة المماليك.

وقال في كتاب الأيمان: «إذا وجبت[8] عليه كفارة[9] وفي يده مال، فكفارته بالإطعام، لا بالصيام»[10].

والفرق بين المسألتين: أن كفارة الأيمان مما له أصل وبدل، والأصل[11] والبدل

---

(1) في /أ: (على التردد).
(2) انظر: روضة الطالبين 9/ 49، ومغني المحتاج 3/ 430.
(3) انظر: روضة الطالبين 9/ 51، ومغني المحتاج 3/ 434.
(4) في /ج: (التزين والتنظف).
(5) (له) ساقط من /أ.
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(7) ونصه في الأم: «وكل من لم تكمل فيه الحرية في هذا كله، كالمملوك» الأم 5/ 90، وانظر: مختصر المزني / 332.
(8) في /أ: (إذا وجب).
(9) في /أ: (الكفارة).
(10) قال الشافعي في الأم: «وإن كان نصفه عبداً ونصفه حراً، وكان في يده مال لنفسه لم يجزه الصيام وكان عليه أن يكفر مما في يديه من المال مما يصيبه» أ. هـ الأم 7/ 67، وانظر: مختصر المزني / 232، 293.
(11) في /ج: (الأصل) بدون الواو قبلها.

إذا التقيا ووجدنا سبيلاً إلى تغلب الأصل وتقديمه، فلا بد من التغليب، ولو أنه وجد في السفر ثمن الماء لم يجز له الانتقال إلى التراب[1].

فأما النفقة، فليست من جملة ما له أصل وبدل، والعبد[2] ما دامت فيه شعبة من الرق، فإنه غير مستكمل لفضيلة الحرية، فلا وجه لإلحاقه في النفقة بالأحرار على وجه[3] الإطلاق.

(264/ب) **مسألة (626)**: قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا كان الزوج فقيراً[4] فعليه / للمرأة في كل يوم مد[5] من الحب ولخادمتها[6] مد، وإن كان[7] موسراً فللمرأة[8] مدان ولخادمتها[9] مد وثلث، وإن كان[10] متوسطاً فللمرأة مد ونصف، وللخادمة مد»[11].

فأعطى الشافعي الخادمة مداً وثلثاً عند كونه موسراً[12]، وفصل في التقدير بينها وبين العروس عند الإعسار[13]، فأعطى العروس مداً ونصفاً حين نقصها[14] عند المتوسط، وأعطاها مداً عند الفقير، وغاية ما أعطى الخادمة مد وثلث، وإذا نقصها[15] ردها إلى المد.

---

(1) ووجب عليه شراء الماء إذا وجده يباع بثمن المثل بلا خلاف.
انظر: المجموع 2/ 253، ومغني المحتاج 1/ 90.
(2) (العبد) ساقط من / أ.
(3) (وجه) ساقط من / ج.
(4) في / ج: (مقتراً).
(5) (مد) ساقط من / أ.
(6) في / أ: (ولخادمها).
(7) في / ج: (وإذا كان).
(8) في / أ: (للمرأة).
(9) في / أ: (ولخادمها).
(10) في / ج) (وإذا كان).
(11) انظر: مختصر المزني / 231، والأم 5/ 88 ـ 89.
(12) في / ج: (عند الإيسار).
(13) في / أ: (عند النقصان والزيادة).
(14) في / أ: (حين نصفها).
(15) في / أ: (وإذا أنقصها).

فأما العروس فمعنى الفرق فيها بيّن، وذلك: أنه إذا أعطاها عند الموسر مدين وعند الفقير مداً واحداً[1] فمستقيم، وحسن أن يعطيها عند المتوسط مداً ونصفاً فيكون قد نصف المد الزائد، فهذا معنى الفرق والتفاضل[2] في أحوالها.

فأما الخادمة فإنها إذا أخذت مداً واحداً فإنها تكون على أقل[3] ما يسد الرمق[4]، فلا إشكال في معنى استحقاقها، فأما استحقاقها مداً وثلثاً عند الموسر فهذا موضع الإشكال في الفرق عند مشايخنا، فمنهم من قال: يحتمل أن يكون الشافعي ـ رحمه الله ـ أخذ ذلك من حالة المتوسط، وذلك أن الزوج إذا كان متوسطاً، فللمرأة مد ونصف وللخادمة مد، فيكون نصيب العروس ثلاثة أمثال نصف نصيب الخادمة، فكذلك إذا كان الزوج موسراً وجب أن تكون العروس ثلاثة أمثال نصف نصيب[5] الخادمة[6].

ومن مشايخنا من قال: يحتمل أن يكون[7] الشافعي استنبط ذلك من أصل في[8] المواريث وهو: أن الأبوين يستحقان السدسين مع الابن فيستويان في الاستحقاق[9]، فإذا جاءت حالة التفاضل[10] وهي حالة انفرادهما بالمال كان

(1) (مداً واحداً) ساقط من / أ.
(2) في / أ: (والفاصيل).
(3) في / أ: (عن أقل).
(4) في / جـ: (الرق).
(5) في / أ: (نصف).
(6) انظر: نهاية المطلب خ. جـ 7 ورقة: 293 ـ ب، 294 ـ أ.
(7) (يكون) ساقط من / أ.
(8) (في) ساقط من / جـ.
(9) لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ النساء جزء من آية (11).
(10) في / أ: (التفاصيل).

للأب الثلثان وللأم الثلث[1]، فتكون الزيادة التي استحقها [الأب ثلاثة أمثال الزيادة التي استحقتها[2]][3] الأم، فكذلك[4] ما استحقت العروس عند الموسر من الزيادة على نصيبها عند الفقير ثلاثة أمثال الزيادة التي استحقتها[5] الخادمة عند الموسر[6].



---

(1) لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ النساء جزء من آية (11).
ودل بقوله: «وورثه أبواه» واخباره أن للأم الثلث: أن الباقي وهو الثلثان للأب.
انظر: الجامع لأحكام القرآن 5/ 48.

(2) في /أ: (استحقها) والصواب ما أثبت.

(3) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.

(4) في /ج: (وكذلك).

(5) في /أ: (استحقها).

(6) وحكى هذا عن القفال الشاشي.
انظر: نهاية المطلب.خ. ج 7 ورقة: 293 ـ ب.

كتاب الجراح

مسألة (627): إذا حبس رجل رجلاً في بيت، وأغلقه عليه، ووضع معه في البيت طعاماً وشراباً، فامتنع المحبوس، فلم يطعم، ولم يشرب حتى مات[1]، فليس على الحابس قود، ولا دية[2] قولاً واحداً[3].

ولو أن رجلاً ألقى رجلاً في البحر قريباً من البر[4] وهو يحسن العوم، فلم[5] يعم[6] حتى مات، فالدية واجبة[7]، والمنصوص أن لا قود عليه[8].

والفرق بين المسألتين: أن المحبوس إذا امتنع، فلم يطعم، ولم يشرب، فهو الذي جنى على نفسه بالامتناع، وليس لفعل الحابس بحبسه تأثير[9] في دمه، فوجود فعله كعدمه.

فأما إذا ألقاه في غمرة من / البحر ـ [وإن كانت قريبة من الساحل ففعل الإلقاء (265/أ)

---

(1) (حتى مات) ساقط من / ج.

(2) في / أ: (فليس على الحابس ضمان).

(3) (قولا واحداً) ساقط من / ج.

وانظر: الأم 6/ 7، وروضة الطالبين 9/ 126، ومغني المحتاج 4/ 5.

(4) في / ج: (قرب البر).

(5) في / ج: (ولم).

(6) (يعم) ساقط من / أ.

(7) قطع المؤلف بذلك وهذا أحد الطرق في المسألة.

وقيل: إن المسألة على قولين، أو وجهين، أصحهما: لا تجب.

وقيل: لا تجب قطعاً.

انظر: روضة الطالبين 9/ 132، ومغني المحتاج 4/ 8.

(8) انظر: روضة الأم 6/ 6. قال النووي: «وبه قطع الجمهور، وقيل: يجب إن أوجبنا الدية» أ.هـ روضة الطالبين 9/ 132.

(9) في / أ: (تأثيراً).

سبب[1] للقتل][2]، وتركه العوم[3]، كتركه مداواة الجراحة، والمجروح بترك[4] مداواة الجراحة لا يصير قاتل نفسه ولا شريك دمه[5]؛ فلذلك فصلنا بين المسألتين.

مسألة (628): إذا حبس رجل[6] رجلاً في بيت وألقى عليه في البيت سبعاً ضارياً[7]، فافترسه، وقتله، فالحابس هو القاتل[8].

ولو ألقى عليه في البيت حية، فنهشته[9] من غير إنهاش، فالقتل غير منسوب إلى من حبسه[10].

والفرق بين المسألتين: أن السبع[11] الضاري يقصد بطبعه في عادة مثله تعرض له ذلك المحبوس، أو لم يتعرض، هذا غالب المعهود من طباع السباع، فقد اتخذه الحابس سلاحاً في عمد القتل، فانتسب القتل إليه.

---

(1) في /أ: (سبباً) والصواب ما أثبت والله أعلم.

(2) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.

(3) في /ج: (للعوم).

(4) في /أ: (وللمجروح ترك).

(5) في /ج: (نفسه)، ومعنى: لا شريك دمه: أي لا مشارك في قتل نفسه.
وانظر: روضة الطالبين 9/ 131، ومغني المحتاج 4/ 7.

(6) (رجل) ساقط من /أ.

(7) ضرى بالشيء إذا أغرى به حتى لا يكاد يصبر عنه. والسبع الضاري: ما ضرى بالصيد ولهج بالفرائس.
انظر: معجم مقاييس اللغة 3/ 397، ولسان العرب 14/ 482.

(8) انظر: الأم 6/ 44، وروضة الطالبين 9/ 143، والغاية القصوى في دراية الفتوى 2/ 885.

(9) في ج: (فتهشته).
نهش الشيء: تناوله بفمه؛ ليعضه فيؤثر فيه ولا يجرحه، وكذلك نهش الحية.
انظر: لسان العرب 6/ 360، والصحاح 3/ 1023.

(10) في /ج: (إلى حابسه).
وانظر: الأم 6/ 143، وروضة الطالبين 9/ 143 ـ 144، والغاية القصوى في دراية الفتوى 2/ 885.

(11) (السبع) ساقط من /ج.

فأما طبع الحيات فخلاف[1] طبع السباع؛ لأن الحية إنما تقصد في الغالب من يتعرض لها بالأذى دون من لا يتعرض لها، فصار القتل غير منسوب إلى من حبسه مع الحية.

والاعتبار في هذه المسألة بما ذكرناه[2] من غالب الطبع، فإن تصور من الثعبان الجائع ما يتصور من السبع الضاري[3] كان حكمهما حكماً واحداً[4].

مسألة (629): إذا جرح رجل رجلاً عمداً، ثم قتله خطأ فقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «للولي[5] القصاص في الجرح[6]، ودية النفس على العاقلة»[7]، ولم يحكم بإدراج[8] الجراحة تحت النفس[9].

ولو جرح رجل رجلاً عمداً، ثم عاد فذبحه فقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ[10]: «صار ذلك الجرح نفساً»[11]، فحكم بإدراج الجراحة تحت النفس في هذه الصورة الثانية.

والفرق بين المسألتين: أن الجراحة في المسألة الأولى إذا كانت عمداً وكان القتل خطأ فهما جنايتان مختلفتان في الجنس غير متفقتين؛ والدليل على حقيقة

---

(1) في / أ: (فبخلاف).
(2) في / ج: (بما ذكرنا).
(3) (الضاري) ساقط من / ج.
(4) في / ج: (فإن حكمها واحد).
(5) في / ج: (لولي).
(6) في / أ: (في الجروح).
(7) انظر: مختصر المزني / 238، والأم 6/ 70.
(8) في / ج: (باحراج).
(9) في / أ: (في النفس).
(10) (فقد قال الشافعي رحمه الله) ساقط من / أ.
(11) في / أ: (ذلك الجراحة قتلاً).
وانظر: مختصر المزني / 238.

اختلافهما: أن النفس تكون على العاقلة إذا كان[1] قتلها خطأ والجراحة تكون في ماله إذا كانت عمداً[2]، والتباين والاختلاف مما يمنع الإدراج والاندراج.

فأما إذا كان الفعل عمداً في الجراحة وفي الإجهاز جميعاً فهما متجانسان في الحكم.

ألا ترى أن دية الجراحة والنفس جميعاً في مال الجاني[3]، والتجانس[4] سبب[5] الاندراج.

وهذا كله إذا كان الإجهاز قبل الاندمال، فأما إذا حصل الاندمال، ثم تصور الإجهاز فالجراحات لا تدخل تحت النفس بحال؛ لأن حكمها قد استقر بالاندمال[6]، وكذلك[7] إذا تصور الإجهاز من غير الجارح والجرح من غير المجهز لم يندرج فعل الجارح تحت فعل القاتل، لكن الجارح يضمن[8] حكم جراحته، وينفرد القاتل بضمان قتله[9].

فأما إذا جرحا[10]، فسرت الجراحتان[11] إلى النفس، فمات، فهما حينئذٍ شريكان في النفس بلا خلاف[12].

---

(1) في /أ: (لما كان).
(2) انظر: الأم 6/ 70، وروضة الطالبين 9/ 348.
(3) انظر: الأم 6/ 70، وروضة الطالبين 9/ 348.
(4) (في مال الجاني والتجانس) مكرر في /ج.
(5) في /أ: (يسبب).
(6) انظر: الأم 6/ 70 ـ 71، ومختصر المزني / 238.
(7) في /أ: (وذلك).
(8) في /ج: (لكن الجارح تحت يضمن).
(9) انظر: الأم 6/ 69 - 70، ومختصر المزني / 238.
(10) في /أ: (فأما إذا جرحياه).
(11) في /أ: (الجراحات).
(12) انظر: الأم 6/ 28، ومختصر المزني / 237.

فأما إذا كانا عامدين[1]، فالقود عليهما، وإن كانا خاطئين، أو كان أحدهما عامداً والثاني خاطئاً، فلا قود عليهما ووجبت الدية[2].

مسألة (630):/ إذا قتل حر وعبد رجلاً مملوكاً وجب القود على المملوك وإن لم يجب[3] على الحر[4]. **(265/ب)**

ولو جرح رجل رجلاً[5] عمداً، ثم جرح المجروح نفسه عمداً، فمات من الجراحتين، فلا قود على الجارح في أصح القولين[6].

والفرق بين المسألتين: أن المجروح إذا جرح نفسه كان فعله فعلاً غير مضمون بحال لا قود عليه، ولا دية[7]، وسراية فعله شاركت فعل الجاني، وهذه المشاركة شبهة ظاهرة، والقصاص يسقط بالشبهة[8]، فسقط القصاص.

وأما الحر والعبد إذا جرحا عبداً[9]، ففعل كل واحد منهما فعل ضمان، وإذا جرحت النفس عن عمد محض مضمون وجب القصاص على من هو من أهل

---

(1) في /أ: (عادمين).

(2) انظر: الأم 6/ 23، وروضة الطالبين 9/ 161، والتنبيه / 215.

(3) (على المملوك وإن لم يجب) ساقط من /أ.

(4) ويجب على الحر نصف قيمة العبد المقتول.
انظر: الأم 6/ 23، 26، وروضة الطالبين 9/ 161.

(5) في /أ: (رجلاً رجل).

(6) هذا أحد الطريقين في المسألة.
الطريق الثاني: القطع بعدم وجوب القود على الجارح.
انظر: الأم 6/ 59، ومختصر المزني / 242، وحلية العلماء 7/ 458 ـ 459، والمهذب 2/ 175، وروضة الطالبين 9/ 165.

(7) في /أ: (ولا قود ولا دية).

(8) في /ج: (بالشبهة يسقط).
وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 123، ومختصر المزني / 241.

(9) في /ج: (عبد).

القصاص وإن لم يجب[1] على الثاني؛ ولذلك قتلنا[2] شريك الأب[3]، وفصلنا بينه وبين شريك الخاطىء[4].

مسألة (631): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو أرسل سهماً على نصراني فلم يصبه حتى أسلم، أو على عبد فلم يقع عليه[5] حتى أعتق[6] لم يكن عليه قصاص؛ لأن تخلية السهم كانت ولا قصاص، وفيه دية حر مسلم والكفارة، وكذلك المرتد يسلم قبل وقوع الرمية لتحويل الحال»[7].

فجعل الشافعي ـ رحمه الله ـ [حالة إرسال السهم[8] معتبرة في هذا الفعل، فأسقط القصاص لما كانت المكافأة مفقودة في حال الإرسال، وإن كانت المكافأة موجودة في حال وقوع السهم.

وقدقال الشافعي ـ رحمه الله ـ[9]: «لو رمى حربياً فلم يقع عليه السهم حتى أسلم، أو رمى مرتداً فلم يقع عليه السهم[10] حتى أسلم، فلا قود عليه، وعليه دية حر مسلم»[11].

---

(1) في / أ: (ولم يجب).
(2) في / أ: (قلنا).
(3) إذا شارك الأب في قتل الولد.
انظر: روضة الطالبين 9/ 161، وحلية العلماء 7/ 457، ومغني المحتاج 4/ 20.
(4) إذا اشترك مع العامد، فلا قود على واحد منهما.
انظر: الأم 6/ 23، وروضة الطالبين 9/ 161، ومغني المحتاج 4/ 20.
(5) في / أ: (فلم يصبه).
(6) في / ج: (عتق).
(7) انظر: مختصر المزني / 238، والأم 6/ 48 ـ 49.
وذكر النووي ضابطاً لهذه المسائل فقال: «كل جرح أوله غير مضمون لا ينقلب مضموناً بتغير الحال في الانتهاء». أ. هـ.
روضة الطالبين 9/ 177، وانظر: مغني المحتاج 3/ 23.
(8) في / أ: (حالة الارسال للسهم).
(9) (الشافعي ـ رحمه الله ـ) ساقط من / ج.
(10) (السهم) ساقط من / أ.
(11) انظر: الأم 6/ 39، وروضة الطالبين 9/ 167 ـ 168.

فلم يجعل إرسال السهم كابتداء الجناية، إذا لو جعله كابتداء الجناية لما وجبت الدية، وصار كما لو جرحه وهو حربي، فمات، فلا تكون الدية واجبة وإن أسلم بعد الجراحة[1].

وإنما[2] فصل الشافعي - رضي الله عنه - بين][3] القصاص والدية في اعتبار إرسال السهم؛ لأن القصاص حكم يسقط بالشبهة، كما تسقط الحدود بها لما كان من جنس العقوبات[4]، وحالة الإرسال حالة ابتداء الجناية وإن لم تكن عين الجناية، فعدم المكافأة في هذه الحالة صار سبباً وشبهة[5] في إسقاط ما يسقط بالشبهة.

وأما[6] حكم الدية فخلاف حكم القود؛ لأن الدية تجب بالشبهة، ألا ترى أنها تجب في القتل[7] بالأسباب، كما تجب في مباشرة القتل[8]، فإذا كان عند وقوع السهم به محقون الدم جعلنا دمه مضموناً[9]؛ [لأنه حالة حقيقة الجناية وإن كان مباح الدم عند إرسال السهم][10] ولاعتبار[11] المآل أثر ظاهر في الديات.

ألا ترى أن العبد إذا جرح، فعتق، ثم مات فالواجب دية الحر وإن كان مملوكاً يوم الجراحة، وكذلك النصراني إذا جرح، فاسلم، ثم مات، فالواجب دية مسلم وإن كان كافراً يوم الجراحة[12].

---

(1) انظر: روضة الطالبين 9/ 167، ومغني المحتاج 4/ 23.
(2) في / ج: (إنما) بدون الواو قبلها.
(3) ما بين الحاصرتين مكرر في / ج.
(4) والعقوبات تسقط بالشبهة.
انظر: المنثور 2/ 227، والمواكب العلية / 125.
(5) في / أ: (وشبه).
(6) في / ج: (فأما).
(7) (في القتل) مكرر في / أ.
(8) انظر: روضة الطالبين 9/ 313، والمهذب 2/ 191.
(9) في / أ: (مضمون).
(10) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(11) في / أ: (ولا اعتبار).
(12) لأن الضمان بدل التالف، فيعتبر وقت التلف.
انظر: روضة الطالبين 9/ 170 ـ 171، ومغني المحتاج 4/ 23.

(266/أ) **مسألة (632)**: إذا أوضح نصراني[1] رأس رجل، ثم أسلم الجاني/ وكانت جنايته خطأ ومات المجني عليه بالسراية فعلى عاقلته من النصارى أرش الموضحة وذلك: خمس من الإبل، وما سوى ذلك إلى تمام الدية ففي مال الجاني وليس على عاقلته المسلمين من ذلك شيء، وليس[2] على عاقلته النصارى أكثر من أرش الموضحة[3].

ومثله[4] لو قطع نصراني إصبع رجل خطأ فسرت الجراحة وتآكلت حتى سقط الكف، وأسلم الجاني بعد ذلك، فسرت تلك الجراحة إلى النفس، فمات منها، فعلى عاقلته من المشركين نصف الدية والباقي في مال[5] هذا الجاني[6].

والفرق بين المسألتين: أن الجراحة في المسألة الأولى لم يستقر لها في الشرك [سراية، فوجب اعتبار عين الجراحة التي كانت في الشرك][7]، فاعتبرناها وصيرناها[8] على عاقلته من المشركين.

فأما في المسألة الثانية فقد استقرت الجراحة[9] في الشرك سراية لها منهى، وذلك أنها أسقطت الكف، ونهاية الضمان في الأطراف بالإبانة، كما أن نهاية الضمان في الأرواح بالإزهاق، فلما[10] كان إسلامه بعد سقوط الكف استقر موجب الكف، وذلك نصف الدية على عاقلته من المشركين دون ما زاد على ذلك.

---

(1) في /أ: (نصرانياً).
(2) (وليس) ساقط من /ج.
(3) انظر: روضة الطالبين 9/ 263، 353، ومغني المحتاج 4/ 97، وقليوبي وعميرة 4/ 157.
(4) في /ج: (وبمثله).
(5) في ج: (من مال).
(6) انظر: المهذب 2/ 213، وروضة الطالبين 9/ 353، ومغني المحتاج 4/ 97.
(7) ما بين الحاصرتين مكرر في /ج.
(8) (وصيرناها) ساقط من /أ.
(9) في /أ: (فقد استقر للجراحة).
(10) في /أ: (ولما).

واعلم أن عاقلته من المسلمين لا يضمنون في هاتين المسألتين شيئاً[1].

ومثله[2]: لو أن نصرانياً أوضح رجلاً موضحة خطأ[3]، [ثم أسلم النصراني، فأوضح ذلك الرجل بعينه موضحة أخرى خطأ][4] فمات من السرايتين فعلى عاقلته النصرانية أرش موضحة، وعلى عاقلته المسلمة نصف الدية، وفي ماله خمسة وأربعون بعيراً حتى تتم الدية[5].

والفرق بين هذه المسألة وبين المسألتين السابقتين: أن الجاني في المسألتين السابقتين لم يجن على ذلك الرجل في الإسلام جناية حتى تغرمها عاقلته المسلمون، فأما[6] سراية جناية كانت في الشرك فمستحيل[7] إيجابها على عاقلته من المسلمين؛ فلذلك أوجبنا على الجاني في المسألتين ما لم نضر به على عاقلته.

فأما في المسألة الثانية فقد وجدت منه جنايتان، جناية في الشرك وجناية في الإسلام، وخرجت نفسه بالجنايتين، فصار[8] قسط كل جناية نصف الدية، فالجناية التي كانت في الإسلام صارت سرايتها وجميع حكمها مضروبة على العاقلة المسلمة[9]، وأما[10] الجناية الأخرى التي كانت في الشرك فلم يكن لها في الشرك سراية مستقرة، كاستقرار سراية الكف في مسألة الكف، وإنما استقرت في الإسلام بالإزهاق، فتقول عاقلته المسلمة[11]: إنا لا نغرم سراية كانت في الإسلام

---

(1) انظر: المهذب 2/ 213، ومغني المحتاج 4/ 97.
(2) في /ج: (وبمثله).
(3) في /ج: (خطأ موضحة).
(4) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(5) انظر: روضة الطالبين 9/ 353، وقليوبي وعميرة 4/ 157.
(6) في /ج: (وأما).
(7) في /أ: (يستحيل).
(8) في /أ: (فصا).
(9) في /ج: (على عاقلته من المسلمين).
(10) في /ج: (فأما).
(11) في /ج: (المسلمون).

(266/ب) من جناية / كانت في الشرك، وتقول عاقلته المشركة[1]: إنا لا نغرم سراية استقرت في الإسلام، وإنما نغرم جناية كانت في الشرك، وسراية[2] تمت واستقرت في الشرك، فلم يمكن أن يضرب عليهم سوى الموضحة، فبقي ما بين الموضحة ونصف الدية في مال[3] الجاني، وذلك خمسة وأربعون بعيراً.

مسألة (633): السلطان إذا أكره رجلاً[4] على قتل رجل ظلماً، فعلى السلطان القود[5]، والصحيح من المذهب أن القود غير واجب على مأمور السلطان[6].

فأما المتغلب على البلد باللصوصية إذا أكره رجلاً على قتل رجل فالصحيح من المذهب أن القود واجب على المأمور المكره كوجوبه على المتغلب[7].

والفرق بين المسألتين: أن المتغلب[8] ظاهر العدوان لا شبهة له ولا سلطان في الدماء، فلا يكاد يخفى[9] على المأمور أن المتغلب ظالم متعسف بما كلفه،

---

(1) في /ج: (المشركون).
(2) في /أ: (أو سراية).
(3) في /أ: (في المال).
(4) (رجلاً) ساقط من /ج.
(5) هذا هو الصحيح المنصوص عليه، وبه قطع الجمهور وعن ابن سريج، أنه لا قصاص؛ لأنه متسبب والمأمور مباشر آثم بفعله، والمباشرة مقدمة.
انظر: الأم 6/ 41، ومختصر المزني / 255، وروضة الطالبين 9/ 128، ومغني المحتاج 4/ 9.
(6) هذا هو المنصوص عليه.
وفي المسألة قول آخر: أنه يجب القصاص. ورجحه النووي.
انظر: الأم 6/ 41، ومختصر المزني / 255، وروضة الطالبين 9/ 135، ومغني المحتاج 4/ 9.
(7) وقيل: لا يجب القود كما لا يجب على مكره السلطان.
انظر: الأم 6/ 41، ومختصر المزني / 239، وروضة الطالبين 9/ 135، والسلسة خ. ورقة: 144 ـ أ ـ ب.
(8) في /أ: (التغلب).
(9) في /أ: (في الدماء لا يكاد خفي).

فكان من حقه أن يستسلم حتى يُقْتَل، أو يكافح المتغلب مجاهراً بما يتأتى له من دفاعه، فأما الإقبال على قتل ذلك المظلوم فذلك مما لا عذر له فيه ولا شبهة له في تحريمه.

وأما السلطان فيده مبسوطة بالحق[1] في الدماء وفي سفكها، وينقسم قتله: عدلاً وجوراً، وحقاً، وباطلاً، فمأموره لا يكاد يستيقن في قتله صفة الظلم، وغاية التصوير تصريح السلطان بأني ظالم في هذا القتل، وهذا التصريح لا ينافي الشبهة[2]؛ لأنه ربما يقصد[3] بذلك اختبار طاعة المأمور فيما يأمره به[4].

مسألة (634): إذا قطع رجل يد عبد، فعتق[5]، فجاء رجل وقطع[6] بعد الحرية يده الأخرى، وجاء ثالث وقطع رجله، فمات فالدية عليهم أثلاثاً[7]، وفيما للسيد[8] فيه قولان[9]:

أحدهما: يستحق الأقل من نصف القيمة[10]، أو ثلث الدية.

والثاني: أنه يستحق الأقل من ثلث القيمة، أو ثلث الدية[11].

---

(1) في / أ: (فالحق).

(2) في / أ: (في الشبهة).

(3) في / ج: (يتعد).

(4) (به) ساقط من / ج.
وانظر هذا الفرق في: السلسة.خ. ورقة: 144 ـ ب.

(5) (فعتق) ساقط من / ج.

(6) في/ ج: (فقطع).

(7) انظر: روضة الطالبين 9/ 173، ومغني المحتاج 4/ 24-25، والسلسة. خ. ورقة: 143 ـ ب.

(8) يتعلق حق السيد بما على الأول، ولا حق له فيما يجب على الآخرين.
انظر: المراجع السابقة.

(9) في / أ: (وفي مال السيد قولان).

(10) في / أ: (قيمته).

(11) انظر: روضة الطالبين 9/ 173، ومغني المحتاج 4/ 25، والسلسلة. خ. ورقة: 143 ـ ب.

ولو كانت المسألة[1] بحالها غير أن الجاني الأول جنى عليه بعد الحرية جناية ثانية كان فيما للسيد[2] قولان:

أحدهما: أنه الأقل من نصف القيمة أو سدس الدية.

والثاني: أن له الأقل[3] من سدس القيمة أو سدس الدية[4].

والفرق بين الصورتين: أن الجاني الأول إذا لم يجن سوى[5] الجناية الأولى، فجميع ما يغرم إنما يغرم بسبب جنايته[6] الواحدة، وكانت[7] تلك الجناية في حالة الرق فقلنا: إنه بسببها يغرم ثلث الدية، وحق السيد أقل المالين من نصف القيمة؛ لأنها عين جناية الرق، أو ثلث الدية؛ لأنها نهاية ما غرم ذلك الجاني. وعلى القول الثاني: لا تعتبر صورة الجناية؛ لأن الجنايات صارت نفساً، فجعلنا/ للسيد الأقل (267/أ) من ثلث الدية، أو ثلث القيمة.

فأما في المسألة الثانية: فهذا الجاني الذي جنى على الرقيق جنى عليه في الحرية جناية ثانية، ولزمه ثلث الدية[8] لمشاركة الجنايتين الأخريين[9]، والثلث الذي لزمه إنما لزمه بسبب الجنايتين، فانقسم عليهما نصفين، فصار السدس [على مقابلة الجناية الثانية، ولا حق للسيد في ذلك السدس][10]، إنما حقه في السدس الذي قابل جناية زمان الرق، ثم كان في قدر حق السيد قولان:

---

(1) في / أ: (مسألة).
(2) في / أ: (كان في مال السيد).
(3) في / أ: (أن له أقل).
(4) في / ج: (أو سدس القيمة).
وانظر: روضة الطالبين 9/ 173، ونهاية المحتاج 7/ 281، وتحفة المحتاج 8/ 413.
(5) (سوى) ساقط من / أ.
(6) في / أ: (جناية).
(7) في/ أ: (فكانت).
(8) (الدية) ساقط من / ج.
(9) في / أ: (الجانيين أخريين).
(10) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

أحدهما: أنه الأقل من أرش[1] جناية الملك[2]، أو ما غرم[3] الجاني بجنايته على الملك[4].

والقول الثاني: أن للسيد الأقل مما غرم الجاني بجنايته على الملك، وهو سدس الدية، أو مثل نسبته من القيمة وهو سدس القيمة، فحقه الأقل[5] من السدسين.

مسألة (635): إذا قطع ذكر خنثى مشكل وأنثييه[6] وشفريه[7] فقال الخنثى: لا أعفو[8] عن القصاص، ولا أرضى بتأخير الحق، كان له أن يستعجل منه حكومة الشفرين[9] [10].

ولو كانت المسألة بحالها إلا أن الجاني كان أيضاً خنثى مشكل لم يكن للمجني عليه استعجال شيء من المال مع امتناعه عن[11] العفو[12].

---

(1) في /أ: (من رأس).

(2) وهي نصف القيمة.

(3) في /أ: (أو غرم)، وفي /ج: (وما غرم) بسقوط الألف قبلها.

(4) وهو سدس الدية.

(5) في /أ: (فحقه أقل).

(6) في /أ، ج (أو أنثيتيه) والصواب ما أثبت.

(7) في /أ: (أو شفرته).
والشفران: طرفي فرج المرأة.
انظر: لسان العرب 4/ 419، والقاموس المحيط 2/ 61.

(8) في /أ: (لا أعفر).

(9) في /أ: (الشفرتين).

(10) ويوقف القود في الذكر والأنثيين.
وهذا على أصح الوجهين: أنه يعطي أقل ما يستحق مع القود.
والوجه الثاني: أنه لا يعطى شيئاً، قاله ابن أبي هريرة، والقفال؛ لأنا لا ندري ما الواجب.
انظر: روضة الطالبين 9/ 157، والمهذب 2/ 182، وايضاح المشكل من أحكام الخنثى المشكل 2/ 531.

(11) في /أ: (من).

(12) هذا هو الصحيح.
ونقل الإمام وأبو الحسن العبادي: أنه يدفع إليه أقل الحكومتين.
انظر: روضة الطالبين 9/ 158، وإيضاح المشكل من أحكام الخنثى المشكل 2/ 537-538.

والفرق بين المسألتين: أن الجاني إذا كان رجلاً لم يتوهم عليه قصاصاً في الشفرين، وليس للرجل شفران، وإنما يتوهم وجوب القصاص في الذكر والأنثيين، ولا جزم[1]، ولا نعطيه[2] مالاً في محل توهم القصاص مما لم يتصور من جهته العفو.

فأما إذا كانا جميعاً خنثين مشكلين، فما من عضو من الأعضاء المقطوعة إلا والقصاص موهوم الوجوب فيه بأن يخرجا ذكرين، أو أنثيين، فإن الشافعي ـ رحمه الله ـ قد نص على إيجاب[3] القصاص في الأعضاء الزائدة كإيجابه في الأعضاء الأصلية[4]، وإذا كان القصاص موهوماً في جراحة من الجراحات ولم يعف المجني عليه عن القود، فلا سبيل إلى طلب[5] المال.

مسألة (636): وكيل ولي القصاص إذا تنحى بالقاتل؛ ليقتله[6]، فعفا الولي، فقتله الوكيل ولم يعلم، ففي وجوب الدية قولان:

أحدهما: أنها واجبة على الوكيل.

والثاني: أنها غير واجبة.

فإذا أوجبناها على الوكيل، فالمنصوص ـ وهو الصحيح ـ أن الوكيل لا يرجع على الولي العافي وإن كان غاراً[7].

---

(1) في /ج: (فلا جزم).
(2) في /ج: (لا نعطيه) بسقوط الواو قبلها.
(3) في /ج: (في ايجاب).
(4) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «وإن قلع رجل لرجل سناً زائدة أو قطع له أصبعاً زائدة، أو كانت له زنمة تحت أذنه فقطعها رجل فسأل القود، فلا قود، وفيها حكومة، وإن كان للقاطع في موضع من هذا مثله ففيه القود سناً كان أو غير سن، أو اصبع أو زنمة». أ. هـ. الأم 6/ 55-56.
(5) في /ج: (فلا سبيل له الطلب).
(6) في /أ: (لمقتله).
(7) انظر: الأم 6/ 21، ومختصر المزني / 240، وروضة الطالبين 9/ 248-249، والسلسلة. خ. ورقة: 146 ـ أ، 147 ـ أ.

ولو أن رجلاً غصب طعاماً، فأطعمه أجنبياً[1]، فغرم الأجنبي كان له أن يرجع على الغار الذي أطعمه في أظهر القولين[2].

والفرق بين المسألتين: أن غاصب الطعام مسيء بما فعل من الإطعام ومن[3] التغرير، فإذا توجهت الغرامة على الطاعم كان له أن يرجع على / من أضافه بسبب (267/ب) التغرير الذي فعله.

فأما ولي [القصاص، فمحسن بالعفو غير مسيء، فيستحيل تقرير عليه[4] مع][5] الإحسان المتصور منه، فحكمنا بتقريره على الوكيل.

مسألة (637): إذا أرسل سهماً إلى قاتل أبيه، ثم عفا عن القود، والسهم في الطريق، ثم أصابه السهم، فقتله، فالمذهب أن الرامي بريء عن الضمان[6].

ولو وكل[7] وكيلاً، فتنحى به، فعفا الولي، فقتله الوكيل، ففي وجوب[8] الدية قولان[9].

والفرق بين إرسال السهم وبين إرسال الوكيل: أن الوكيل إذا انطلق؛ ليقتل، فغير بعيد أن يتأنى به، واستيفاء العقوبات على التأخير والمدافعة ما أمكن، فإذا لم

---

(1) في /أ: (انساناً).

(2) وصحح السبكي عدم الرجوع، ونسبه إلى الجديد.
انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي 1/ 358، والمنثور في القواعد 1/ 134، وروضة الطالبين 9/ 249.

(3) في /أ: (من) بسقوط الواو قبلها.

(4) أي تقرير الضمان عليه.

(5) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(6) وصحح النووي: وجوب الدية عليه؛ لأنه محقون الدم عند الإصابة.
انظر: روضة الطالبين 9/ 168، 247، والسلسة. خ. ورقة: 146 ـ ب، 147 ـ أ.

(7) في /أ: (ولو كان).

(8) في /أ: (فقد وحرب).

(9) تقدمت المسألة. انظر: ص 424.

يتأن[1] به وابتدر إلى قتله، ثم استبان[2] العفو جاز أن نقول: أراق دماً محقوناً، فكان ضامناً له.

وأما السهم المرسل، فلا يتصور فيه الصرف والعطف والتأني، فصار عفوه بعد الإرسال، وقبل الوقوع، كعفوه بعد الجراحة، وقبل الزهوق، ومعقول أنه لو جرح قاتل أبيه، ثم عفا عن دمه، فسرت الجراحة إلى النفس كان الدم هدراً[3]، فكذلك إرسال السهم إذا سبق العفو.

مسألة (638): إذا وكل وكيلاً ببيع عبده، فانطلق الوكيل، ليبيع العبد[4]، فأعتقه سيده، ثم باعه الوكيل فبيعه باطل[5].

وإذا انطلق وكيل القصاص، ليقتل القاتل فعفا الولي، ثم قتله الوكيل كان قتله في أحد القولين استيفاءً للقصاص[6].

الفرق بين المسألتين: أن ملك الموكل ما دام باقياً في رقبة العبد فتوكيله ببيعه يستحيل[7] أن يمنع نفوذ عتقه، كيف ولو أن السيد باعه، ثم أعتقه قبل تسليمه إلى المشتري، وقبل انقضاء زمان الخيار كان عتقه نافذاً فاسخاً للبيع[8]؟ فبالحري أن يكون في[9] هذه المسألة نافذاً فاسخاً للوكالة السابقة.

---

(1) في /أ: (لم يتأني).
(2) في /ج: (واستبان).
(3) انظر: روضة الطالبين 9/ 247، ومغني المحتاج 4/ 52.
(4) في /ج: (لبيعه).
(5) انظر: السلسلة خ. ورقة: 146 ـ ب، ومغني المحتاج 2/ 232.
(6) في /ج: (القصاص).
وتقدمت المسألة.
انظر: ص 425.
(7) في /أ: (مستحيل).
(8) انظر: الشرح الكبير 8/ 318، وروضة الطالبين 3/ 449.
(9) (في) ساقط من /أ.

وأما إذا أرسل الوكيل لاستيفاء القصاص، ثم عفا الموكل[1] في زمان[2] لا يحتمل أن يبلغه الخبر فهذا العفو كالمفقود في الحكم، وليس يبعد أن يصدر لفظ العفو والمعفو عنه في حالة الحياة، ويكون منه[3] العفو باطلاً.

ألا ترى أنه لو جرحه، ثم عفا عنه، أو أرسل[4] إليه سهمه، ثم عفا كان عفوه باطلاً؛ لأنه عفو بعد افتتاح الاستيفاء[5]، فكذلك هذا العفو بعد إرسال الوكيل المستوفي، كالعفو بعد إرسال السهم للاستيفاء.

مسألة (**639**): إذا قطع رجل إصبع رجل فاستعجل حقه من القصاص كان له الاستعجال[6].

ولو عفا فاستعجل أخذ[7] الدية أو كانت الجناية في الأصل خطأ فاستعجل الدية أو كانت الجناية في الأصل خطأ فاستعجل الدية لم يكن له الاستعجال، وإنما يستحق[8] الطلب عند الاندمال إن اتفق[9] الاندمال، أو عند زهوق الروح إن زهقت[10] بالسراية[11].

والفرق بين الحقين: أن القصاص إذا وجب في /الإصبع وجب مستقراً لا (268/أ)

(1) (الموكل) ساقط من /ج.
(2) في /ج: (عن زمان).
(3) (منه) ساقط من /أ.
(4) في /أ، ج: (وأرسل) بدون الألف قبل الواو، والصواب ما أثبت.
(5) تقدم.
انظر ص: 424.
(6) انظر: الأم 6/ 54، ومختصر المزني / 242، وروضة الطالبين 9/ 209.
(7) (أخذ) ساقط من /أ.
(8) في /ج: (استحق).
(9) في /ج: (وإن اتفق).
(10) في /أ: (أو عند الزهوق إن زهقت).
(11) وقيل: يجوز له الاستعجال، كما يجوز استيفاء القصاص قبل الاندمال.
انظر: المهذب 2/ 185، وروضة الطالبين 9/ 209، والتنبيه / 219.

يتوهم سقوطه ونقصانه، وإنما يتوهم زيادة وجوب القصاص، وهو قصاص النفس[1]، فإن من مذهب الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ أن الرجل إذا قطع من الرجل مفصلاً قصاصاً[2] فمات منه كان للولي قطع المفصل وقتل النفس[3]، فلما[4] لم يتوهم سقوط ما وجب من القصاص[5] لم يجز تأخير حقه إذا استعجله.

فأما[6] دية الإصبع المقطوعة فإنها تُعَرِّض النقصان[7]، كما هي تُعَرِّض الزيادة.

فأما الزيادة الموهومة فبسرايتها إلى النفس من غير شريك يشاركه[8] في الجراحة.

وأما النقصان الموهوم فبمشاركة الشركاء، وذلك أن عشرين رجلاً لو[9] شاركوه فجنوا عليه فسرت جراحاتهم، فمات كان[10] الواجب على كل واحد منهم أقل من خمس من الإبل، ودية الإصبع عشر[11]، وإن جنى عليه تسعة وتسعون[12] رجلاً سوى الجاني[13] الأول تراجع ما على الجاني الأول إلى بعير واحد، فكيف يجوز أن يستعجل حقاً لم يستقر قدره؟.

---

(1) إذا سرت الجراحة.

(2) في /أ: (مفصل قصاص).

(3) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «وإذا قطع رجل يد رجل فأقدناه منه، ثم مات المستقيد منه قبل أن يبرأ من ذلك الجرح وشهد أنه من تلك الجراح وسأل ورثته القود أقدناه بالنفس؛ لأنه قاتل قاطع». أ. هـ.
الأم 6/ 54-55.

(4) في /ج: (فأما).

(5) في /ج: (عن القصاص).

(6) في /ج: (وأما).

(7) في /ج: (معرض القصاص).

(8) في /أ: (شاركه).

(9) (رجلاً لو) ساقط من /أ.

(10) في /أ: (كل).

(11) انظر: روضة الطالبين 9/ 209، 282، والمهذب 2/ 185.

(12) في /أ، ج: (وسبعون) والصواب ما أثبت.

(13) (الجاني) ساقط من /أ.

مسألة (640): إذا قطع رجل يداً عليها إصبع واحدة عمداً فعفي عن القصاص ففي مقدار حقه من المال قولان: أحدهما: له أن يأخذ دية الإصبع وحكومة جميع[1] كفه، والقول الثاني: أن حقه دية الإصبع[2]، وأربعة أخماس حكومة الكف[3].

ومثله[4] لو كانت تلك الإصبع شلاءً وليس على يد[5] القاطع مثلها، فحق[6] المجني عليه من المال حكومة الإصبع الشلاء وحكومة جميع الكف قولاً واحداً[7].

والفرق بين المسألتين: أن الإصبع إذا كانت سليمة كان الواجب فيها الدية إذا آل الأمر إلى المال لا الحكومة، والأصابع في الدية مستتبعة الكف.

ألا ترى أن الرجل إذا قطع كف رجل من المفصل كان عليه خمسون من الإبل[8]، فكما[9] استتبعت جميع الأصابع جميع الكف في الدية، فكذلك كل إصبع يستتبع من[10] الكف قسطها، وقد أخذ دية إصبع فتبعها خمس من[11] الكف فيبقى له أربعة أخماس حكومة كف.

فأما إذا كانت[12] الإصبع شلاء فإنها؛ لنقصانها وعدم صحتها وسقوط ديتها إلى الحكومة لا تستتبع من الكف شيئاً، وكيف تستتبع وهي عند الانفراد[13] بالجناية

(1) (جميع) ساقط من / ج.
(2) في / أ: (اصبع).
(3) انظر: الأم 6/ 76، وروضة الطالبين 9/ 203.
(4) في / ج: (وبمثله).
(5) (يد) ساقط من / أ.
(6) في / أ: (فجنى).
(7) انظر: مختصر المزني / 242، والمهذب 2/ 181.
(8) انظر: الأم 6/ 72، والمهذب 2/ 206، وروضة الطالبين 9/ 282.
(9) في / أ: (كما).
(10) (من) ساقط من / أ.
(11) (من) ساقط من / أ.
(12) في / أ: (كان).
(13) في / أ: (الافراد).

مثل الكف عند الانفراد[1]، ومعنى قولنا مثل الكف: أن الإصبع إصبع حكومة، كما أن الكف أبداً عضو حكومة[2]، والحكومات تقل وتكثر على حسب القلة والكثرة في الجناية والإبانة، وذلك خلاف الديات فلذلك قلنا: له حكومة الإصبع الشلاء وحكومة جميع الكف.

مسألة (641): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: لو جعل سماً في طعام، ثم أطعمه رجلاً ـ/ يعني: على جهة الضيافة، لا على جهة الإكراه ـ فأكل[3] الضيف الطعام، فمات، ففيه قولان: (268/ب)

أحدهما: عليه القود كالإكراه.

والثاني: لا قود عليه وعليه الدية[4].

ولو أنه جعل سماً فيه ولم يقدمه إلى ذلك الرجل فدخل ذلك الرجل فأكله، فمات، فلا شيء عليه، سواء علم من عادة ذلك الرجل دوام الدخول والمباسطة في الأكل، أو لم يعلم ذلك منه[5].

والفرق بين المسألتين: أنه[6] إذا أضافه، فقدم الطعام إليه نسب إليه الإطعام[7]؛ لأن كل مضيف مطعم وإن كان التناول والازدراد[8] من جهة الضيف، وإذا

---

(1) في /أ: (الافراد).
(2) المقصود الكف الأشل، أو التي لا أصابع عليها.
انظر: روضة الطالبين 9/ 192، 308.
(3) في /أ: (وأكل).
(4) (عليه وعلبه الدية) ساقط من /ج.
وانظر: الأم 6/ 42-43، وروضة الطالبين 9/ 130-131، والمهذب 2/ 176-177.
(5) انظر: المراجع السابقة.
(6) (أنه) ساقط من /أ.
(7) في /أ: (إلى الاطعام).
(8) في /ج: (والارداد).
والازدراد: الابتلاع.
انظر: لسان العرب 3/ 194، والصحاح 2/ 480.

انتسب إليه فعل الإطعام[1] انتسب إليه القتل، ثم إذا انتسب القتل إليه أوجبنا الدية بكل حال، وأسقطنا عنه القود على أحد القولين بشبهة التناول الموجود من جهة المتناول[2].

فأما إذا دخل الداخل بنفسه، فتناول الطعام، فمات فلا سبيل إلى أن ننسب الإطعام[3] إلى صاحب الطعام، وكيف ننسبه إليه ولم يتقدم من جهته استحضار[4] واستدعاء، وإنما ابتدأ الطاعم، فدخل، فطعم فكأنه قتل نفسه؛ فلذلك[5] لم يجب على صاحب الطعام الضمان.

فلو أنه عمد إلى طعام غيره، فدس فيه سماً، فجاء صاحب الطعام، فأكله، فمات[6]، فقد نص الشافعي ـ رحمه الله ـ على قولين:

أحدهما: ليس عليه شيء سوى غرامة الطعام الذي أفسده.

والثاني: أنه كما لو أطعمه إياه[7].

فمعنى[8] القول الثاني: أنه على قولين، مثل صورة الإضافة[9]، فقد فصل الشافعي بين أن يجعله في طعام نفسه فيدخل[10] الطاعم دار صاحب الطعام فيأكله[11] فلم يوجب شيئاً، وبين أن يجعله في طعام الطاعم[12]،

---

(1) في /أ: (الطعام).
(2) (الموجود من جهة المتناول) ساقط من /ج.
(3) في /أ: (سبب الطعام).
(4) في /ج: (استحضان).
(5) في /أ: (فذلك).
(6) (فمات) ساقط من /ج.
(7) انظر: الأم 6/ 43.
(8) في /أ: (يعني).
(9) هذا أحد الطريقين في المسألة. وهو الأصح.
الطريق الثاني: القطع بالقول الأول.
انظر: روضة الطالبين 9/ 130-131، ومغني المحتاج 4/ 7.
(10) في /أ: (فدخل).
(11) (فيأكله) ساقط من /أ.
(12) في /أ: (الطعام).

وأوجب [الدية على قول، أو القصاص، أو][1] الغرامة على القول الثاني[2].

والفرق بين المسألتين[3]: أنك إذا جعلت سماً في طعام لك ووضعته في دارك فليس من غالب الحال أن يدخل الأجنبي دارك فينزل على طعامك، فإن اتفق أن يدخل، ويأكل[4]، فالقتل منسوب إلى الداخل الآكل، لا إلى صاحب الطعام؛ [فلهذا لم يجب على صاحب الطعام شيء][5]. فأما إذا عمدت إلى طعام غيرك فأفسدته[6] بالسم فالغالب[7] من صاحب الطعام أن ينزل على طعامه مرتفقاً[8] بأكله، فكأنك قدمت إليه ذلك الطعام المسموم؛ فلذلك[9] قاسه الشافعي ـ رحمه الله ـ على ما لو أطعمه.

مسألة (642): إذا أغرى[10] رجل[11] على رجل في الصحراء سبعاً عادياً[12]، فافترسه، فلا شيء على المغري[13].

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.

(2) في / أ: (الغرامة في الطاعم على القول الثاني).

(3) (المسألتين) ساقط من / ج.

(4) في / أ: (فيأكل).

(5) ما بين الحاصرتين سابق من / أ.

(6) في / أ: (فاسده).

(7) في / ج: (والغالب).

(8) في / ج: (ومرتفقا).

(9) في / أ: (فذلك).

(10) اغرى: هيّج.
انظر: لسان العرب 3/ 72، 15/ 121، والقاموس المحيط 1/ 274.

(11) (رجل) ساقط من / ج.

(12) السبع العادي: الظالم الذي يفترس الناس.
انظر: لسان العرب 15/ 33، والقاموس المحيط 4/ 360.

(13) انظر: الأم 6/ 43، وروضة الطالبين 9/ 143، والمهذب 2/ 176.

ولو كان ذلك الرجل[1] مثبتاً في بيت[2] وجب القود على من أغرى به السبع العادي[3].

والفرق / بين الحالتين: أن الرجل إذا كان في الصحراء تصور له فعل وامتناع (269/أ) بالعدو والفرار يمنة ويسرة من جهات شتى، فلا ينسب فعل القتل[4] إلى المغري ما دامت الحالة بهذه الصفة، وإن كان المغري[5] عاصياً مسيئاً بما فعل من إغرائه وإلقائه عليه.

فأما إذا كان محبوساً في بيت، فلا يتصور من جهته[6] أن يبتغي نفقاً في الأرض أو يحتال حيلة سوى الاستسلام، فصار القتل منسوباً بعينه إلى من أغراه؛ فلذلك أوجبنا عليه القود.

مسألة (643): إذا جرح رجل رجلاً عمداً جراحة لها سراية فمات منها ولو بعد حين وجب القود على الجارح[7].

ولو أنهشه[8] حية أو عقرباً فمات، ففيه قولان منصوصان:

أحدهما: أن الحية إن كانت قاتلة غالباً[9] وكذلك العقرب فعليه القود، مثل: الثعبان بمصر، والعقرب بنصيبين[10]، وإن لم يكن الغالب منه الموت ـ مثل: الحية

---

(1) في / ج: (ذلك المظلوم).

(2) في / أ: (في بيت مثبتاً).

(3) انظر: الأم 6/ 43، والمرجعين السابقين.

(4) في / أ: (القاتل).

(5) (المغري) ساقط من / أ.

(6) في / أ: (من جهته في بيت فلا من جهته).

(7) انظر: مختصر المزني / 238، وروضة الطالبين 9/ 124.

(8) في / ج: (أنهشته).

(9) في / ج: (غالبة).

(10) نصيبين: مدينة عامرة من بلاد الجزيرة على جادة القوافل من الموصل إلى الشام، بينها وبين الموصل ستة أيام، وعليها سور كانت الروم بنته وأتمه أنو شروان الملك عند فتحه إياها، وقد حاصرها فلم يقدر على فتحها فأمر أن تجمع إليه العقارب فحملوا العقارب من قرية تعرف بطيرانشاه من عمل شهرزور فرماهم بها في العرادات والقوارير، وكان=

بأرض السواد[1] ـ فلا قود عليه.

والقول الثاني:

أن عليه القود بكل حال[2]، فإذا[3] أوجبنا القود بكل حال استغنينا عن الفرق، وإذا قلنا بقول التفصيل فلا بد من الفرق بين ذلك، وبين الجراحة وسرايتها إلى النفس.

والفرق بين سراية الجناية وسراية السم: أن النفس مختلفة في قبول تأثير السموم اختلافاً بيناً، فمنهم[4] من تلدغه العقرب فلا يحس[5] بألم[6] ولا يتضرر به، ومنهم من يتضرر ويتألم[7] به ألماً شديداً، ومنهم من يكون ألمه دون ذلك.

=يملأ القارورة من العقارب ويضعها في العرداة وهي على هيئة المنجنيق فتقع القارورة وتنكسر وتخرج تلك العقارب، ولا زال يرميهم بالعقارب حتى ضج أهلها وفتحوا له البلد وأخذها عنوة، وذلك أصل عقارب نصيبين، وأكثر العقارب تخرج من جبل صغير داخل السور في ناحية من المدينة ومنه تنتشر العقارب في المدينة كلها وهي مدينة وبئة؛ لكثرة بساتينها ومياهها.

انظر: معجم البلدان 5/ 288، ومراصد الاطلاع 3/ 1374.

(1) السواد: موضعان: أحدهما نواحي قرب البلقاء سميت بذلك لسواد حجارتها.
والثاني: رستاق العراق وضياعها التي افتتحها المسلمون على عهد عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ سمي بذلك لسواده بالزرع والنخيل والأشجار؛ لأنه حيث تاخم جزيرة العرب التي لا زرع فيها ولا شجر كانوا إذا خرجوا من أرضهم ظهرت لهم خضرة الزروع والأشجار فيسمونه سواداً، كما إذا رأيت شيئاً من بعد قلت ما ذلك السواد، وهم يسمون الأخضر سواداً والسواد أخضر.
وحد السواد: من حديثه الموصل طولاً إلى عبادان، ومن العذيب بالقادسية إلى حلوان عرضا، فيكون طوله مائة وستون فرسخاً.
انظر: معجم البلدان 3/ 272، ومراصد الاطلاع 2/ 750، ولسان العرب 3/ 225.

(2) انظر: الأم 6/ 43، وحلية العلماء 7/ 466، وروضة الطالبين 9/ 143.

(3) في / ج: (وإذا).

(4) في / أ: (من).

(5) في / أ: (فلا يحسن).

(6) (بألم) ساقط من / ج.

(7) في / ج: (يتألم ويتضرر به).

وأما سرايات الجراحات، فلا تكاد[1] تختلف باختلاف طباع النفوس، وسرايتها بسبب الإزهاق، فجعلنا الجراحة سبب القتل، فأوجبنا به القود[2] قولاً واحداً، وفصّلنا القول في الحيات والعقارب فأوجبنا القود إذا كان الغالب منها القتل، ولم نوجب القود إذا لم يكن الغالب[3] منها القتل[4].

فإن قيل: فربما تكون الجراحة على محل لا يتوهم منها القتل غالباً كالحجامة[5].

قلنا: إذا كانت الجراحة بهذه الصفة فمن أصحابنا من لم يوجب القود بمثلها[6]، كما لم[7] يجب القود في بعض الحيات، والعقارب على أحد القولين[8]، ومنهم من عمم القول في الجراحات، كما عممها[9] في الحيات والعقارب على أحد القولين[10] [11].

مسألة (644): إذا قتل رجل في دار الإسلام رجلاً عليه هيئة المشركين، ثم بان أنه

---

(1) (تكاد) ساقط من / أ.
(2) في / أ: (الفرد).
(3) (الغالب) ساقط من / أ.
(4) في / ج: جاء بعد هذه اللفظة عبارة مكررة سيأتي ذكرها في نهاية المسألة وهي: «ومنهم من عمم القول في الجراحات كما عممنا في الحيات والعقارب».
(5) سبق التعريف بها في ج1 ص 41 تقسيم منازل الفروق.
(6) وممن ذهب إلى ذلك أبو العباس بن سريج وأبو سعيد الأصطخري.
انظر: المهذب 2/ 175، وحلية العلماء 7/ 460.
(7) في / أ: (لو لم).
(8) (على أحد القولين) ساقط من / أ.
(9) في / ج: (كما عممنا).
(10) (والعقارب على أحد القولين) ساقط من / ج.
(11) وممن ذهب إلى ذلك أبو إسحاق المروزي.
انظر: المرجعين السابقين.

كان مسلماً ففي[1] وجوب القود قولان[2]، وفي وجوب الدية قول واحد[3].

(269/ب) ومثله[4] لو تصور هذا القتل في دار / الشرك، فالقود ساقط، وفي وجوب الدية قولان[5].

وإنما فصلنا بين الدارين؛ لأن دار الإسلام دار الحقن والاحترام[6] لا دار السفك والهتك[7]، فإذا[8] رأى مشركاً في دار الإسلام وعليه غيار المشركين، فالظاهر أنه[9] محقون الدم مستعصم بالذمة، فإذا أقدم عليه فقتله كان هذا القتل عدواناً منه فلا يعصمه عن القصاص مع عمد العدوان وإن توهم الشرك، وكذلك[10] قلنا ـ في أحد القولين ـ: إذا بان مسلماً، وقطعنا القول بإيجاب الدية.

فأما دار الشرك، فدار القتل والإباحة بخلاف دار الإسلام، فلا يتمخض إقدامه على قتله عدواناً، فسقط القود بالشبهة الظاهرة، وكان[11] في وجوب الدية قولان:

---

(1) في /أ: (في).
(2) أظهرهما: وجوب القود.
انظر: روضة الطالبين 9/ 146-147، ومغني المحتاج 4/ 13-14.
(3) وهو وجوب الدية.
انظر: المرجعين السابقين.
(4) في /ج: (ويمثله).
(5) انظر: روضة الطالبين 9/ 146-147، ومغني المحتاج 4/ 13.
(6) في /أ: (والاحرام).
(7) في /ج: (لا دار الهتك والسفك).
(8) في /أ: (وإذا).
(9) في /أ: (أن).
(10) في /أ: (فلذلك).
(11) في /أ: (وإن كان).

أحدهما: أنها ساقطة[1]، كما لو رمى سهما إلى المشركين فحاد إلى مسلم فقتله[2]، والرامي لا يعلم بمكانه، فتجب الكفارة دون الدية[3].

والقول الثاني: أن الدية واجبة.

والفرق بين هذه المسألة ومسألة الرامي[4]: أن الرامي قصد رمي المشركين غير عالم بمكان المسلم[5]، والرمي في دار[6] الحرب مباح على الإطلاق، لا على جهة التوقي بالاحتراز[7] والاحتياط، فسقطت الدية، بخلاف الخطأ في دار الإسلام.

فأما في المسألة الثانية فقد قصد قتل[8] ذلك الرجل دون غيره فبان أنه مسلم، فلما تعين القصد أوجبنا الدية، والقياس الصحيح تصحيح قول الإسقاط[9]، وتشبيه إحدى المسألتين بالأخرى.



---

(1) وهو الأظهر.
انظر المرجعين السابقين.

(2) (فقتله) ساقط من /أ.

(3) انظر: مغني المحتاج 4/ 13، وتحفة المحتاج مع حواشيها 8/ 395، ونهاية المحتاج 7/ 264-265.

(4) في /ج: (الرمي).

(5) وشرط القود، بل الضمان: علم محل المسلم ومعرفة عينه.
انظر: نهاية المحتاج 7/ 265.

(6) في /أ: (في الدار).

(7) في /أ: (والاحتراز).

(8) (قتل) ساقط من /أ.

(9) انظر: روضة الطالبين 9/ 146-147، ومغني المحتاج 4/ 13.

كتاب الديات[1]

مسألة (645): إذا أوضح رجل رأس رجل موضحتين بينهما حاجز كامل وهو: الجلد واللحم فعليه في كل واحدة[2] منهما[3] خمس من الإبل[4]، [فإن جاء أجنبي ورفع ذلك الحاجز فعليه خمس من الإبل][5]، وعلى الأول عشر من الإبل[6]، ولو ارتفع ذلك الحاجز بسراية الجراحة الأولى تراجع الواجب إلى خمس من الإبل[7].

[والفرق بين الرفع والارتفاع: أن الحاجز إذا كان ارتفاعه بسراية الجراحة السابقة صار منسوباً إلى ذلك الجاني، ولو كان ذلك الجاني عاد بعد الموضحتين فرفع ذلك الحاجز تراجع الأرش إلى خمس من الإبل[8]][9]، فلا فرق بين مباشرته برفعه[10] وبين ارتفاعه بسراية مباشرته، ولو أنه أوضح جميع رأسه موضحة واحدة لم يكن عليه إلا خمس من الإبل[11]، فكذلك هذا الموضع.

---

(1) (كتاب الديات) ساقط من / أ.
(2) في / ج: (واحد).
(3) (منهما) ساقط من / أ.
(4) انظر: روضة الطالبين 9/ 266، ومغني المحتاج 4/ 58-59، ونهاية المحتاج 7/ 324.
(5) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(6) انظر: روضة الطالبين 9/ 267، وقليوبي وعميرة 4/ 134.
(7) على الصحيح.
وقيل: يجب أرشان.
وقيل: يجب ثلاثة.
انظر: روضة الطالبين 9/ 267، ومغني المحتاج 4/ 60، وقليوبي وعميرة 4/ 134.
(8) على الصحيح. انظر: المراجع السابقة.
(9) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(10) في / ج: (رفعه).
(11) انظر: الأم 6/ 77، وروضة الطالبين 9/ 263، 266، ومغني المحتاج 4/ 58-59.

فأما إذا رفعه أجنبي فجناية الأجنبي منسوبة إلى الأجنبي لا إلى الجاني[1] الأول، والأول قد أوضحه موضحتين فلزمه أرشهما[2]، ولم يسقط عنه / شيء من الغرم (270/أ) بإيضاح وجد من غيره.

مسألة (646): إذا كان بين الموضحتين حاجز من اللحم ولم يكن فوق اللحم جلد، فقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: إنها موضحة واحدة[3]، وقال بعض مشايخنا: لو كان بينهما جلد ولم يكن بينهما لحم، فكذلك حكمهما حكم موضحة واحدة[4]، وإذا كان[5] الجلد واللحم حاجزين بينهما أعطيناهما حكم موضحتين[6].

والفرق بين المسألتين: أن الجلد[7] واللحم إذا كانا حاجزين معاً بين الموضحتين، فليس الجلد واللحم محل جنايته[8]؛ لأنه جنى على ما وراءهما[9] من الجنايتين وما جنى على محلهما.

فأما إذا لم يكن الجلد موجوداً بينهما وإنما بقي اللحم فذلك اللحم الباقي محل جنايته والجناية واحدة.

---

(1) في /أ: (إلى الأجنبي إلى الحال).
(2) في /أ: (أرشها).
(3) انظر: الأم 6/ 77.
(4) وهو الأصح.
الوجه الثاني: إنهما موضحتان.
انظر: روضة الطالبين 9/ 267.
(5) في /أ: (إن كان).
(6) تقدم.
انظر ص: 438.
(7) في /أ: (للجلد).
(8) في /أ: (جناية).
(9) في /ج: (ورائهما).

ولو أن رجلاً شج رجلاً باضعة[1] واسعة في وسطها موضحة ضيقة فذلك كله موضحة واحدة[2]، ولا سبيل[3] إلى افراد الباضعة عن الموضحة والموضحة عن الباضعة، فكذلك الباضعة الواحدة إذا اشتملت على موضحتين كانت موضحة واحدة.

ولو أن الموضحة الواحدة جمعت مأمومتين[4] ففيها[5] وجهان:

أحدهما: أنهما مأمومة واحدة فلا يجب فيها أكثر من ثلث الدية.

والثاني: أنهما مأمومتان، فإنهما جائفتان، والظاهر الأول.

مسألة (647): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو صاح برجل، فسقط من صيحته عن حائط لم أر عليه شيئاً، ولو كان صبياً، أو معتوهاً، فسقط من صيحته[6] ضمن»[7].

والفرق بينهما: أن الصبي في غالب أمره لا يكاد يثبت ويضبط نفسه إذا فزَّعته بغتة بالصيحة الهائلة، والظاهر أن سقطته منسوبة إلى صيحته، والغالب من الرجل التثبت وضبط النفس، ومن النوادر أن يسمع[8] البالغ المستجمع للعقل والرزانة صيحة، فتستفزه، كما تستفز الصبي والمجنون؛ فلذلك[9] لم[10] ينسب[11] القتل إليه.

---

(1) الباضعة: التي تقطع الجلد وتشق اللحم، تبضعه بعد الجلد وتدمي إلا أنه لا يسيل الدم. انظر: لسان العرب 8/ 13، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي / 363.
(2) انظر: المهذب 2/ 199، والتنبيه / 224.
(3) في ج: (فلا سبيل).
(4) المأمومة: الشجة التي تبلغ أم الدماغ حتى يبقى بينها وبين الدماغ جلد رقيق. انظر: لسان العرب 12/ 33، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي / 364.
(5) في /أ: (ففيهما).
(6) في /أ: (من صحته).
(7) المزني / 247، وانظر: الأم 6/ 82.
(8) في /أ: (إلى سمع).
(9) في/ ج: (فكذلك).
(10) (لم) ساقط من /أ.
(11) في /أ: (انتسب).

ولو أن رجلاً طلب رجلاً على سطح، فهرب منه، فتردى من طرف السطح وهو بصير، فلا شيء على الطالب[1]، وإن كان المطلوب أعمى، فعلى الطالب الدية[2].

والفرق: أن البصير يرى طرف السطح ومنتهاه، فيكون ترديه باختيار منه، إذ كان[3] يمكنه غيره وإن كان مطلوباً.

فأما الأعمى، فلا يرى منتهى السطح حتى يكون التردي منسوباً إلى تدبيره واختياره، والطالب قد اضطره إلى الفرار حتى انتهى إلى المكان الذي انتهى إليه، وكذلك لو انخسف السطح بالمطلوب، فقد نص على / أن الضمان واجب على **(270/ب)** الطالب[4].

مسألة (648): العبد القن إذا جنى جناية[5] واختار سيده أن يفديه وهي تستغرق رقبته، ففداه، ثم جنى جناية أخرى، فعليه فداؤه إن اختار[6] الفداء، وما قبض الأول من المال، فخالص[7] له[8].

ولو[9] أن أم ولد جنت جناية تبلغ قيمتها، ففداها سيدها، فجنت جناية أخرى، فليس على سيدها شيء من أرش الجناية الثانية والثالثة[10].

---

(1) انظر: الأم 6/ 82، ومختصر المزني / 247.

(2) انظر المصدرين السابقين.

(3) في /أ: (إذا كان).

(4) انظر: الأم 6/ 82.

(5) (جناية) ساقط من /أ.

(6) في /أ: (فداه وإن جنى).

(7) (فخالص) ساقط من /أ.

(8) انظر: روضة الطالبين 9/ 363، ومغني المحتاج 4/ 101.

(9) في /أ: (لو) بسقوط الواو قبلها.

(10) وهذا أظهر الأقوال. وعلى هذا القول يشترك المجني عليهما في الفداء على قدر جناياتهم.
القول الثاني: يلزمه لكل جناية فداء.
القول الثالث: إن فدى الأولى قبل جنايتها الثانية لزمه فداء آخر، وإلا فواحد.
انظر: روضة الطالبين 9/ 364، ومغني المحتاج 4/ 102، والوجيز 2/ 156.

والفرق: أن أم الولد بالاستيلاد ممنوعة عن البيع، والاستيلاد كالاستهلاك، وإذا غرم قيمة المستهلك مرة واحدة لم يغرمه[1] ثانية وثالثة، ثم يقال للخصم الثاني: أنت شريك مع الخصم الأول في القيمة المأخوذة بقسطها[2] [3].

وأما العبد القن فإذا فداه السيد[4] بقي ملك السيد على رقبته، كما كان وعاد إلى الحالة الأولى، فإذا[5] جنى جناية أخرى وهو متمكن من بيعه فيها، كما كان متمكناً ابتداء فعليه الفداء إذا منع رقبته أن تباع في الجناية الثانية.

مسألة (649): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو كان أحدهما واقفاً، فصدمه الآخر فماتا فدم الصادم هدر ودم الواقف على عاقلة الصادم»[6].

وإنما فصل بينهما: لأن الواقف في حال وقفته غير متحامل على الصادم [بحركة وقوة ومدافعة، وإنما وجدت الصدمة من الصادم، فصارت[7] صدمة الصادم][8] سبباً لإزهاق المهجتين[9] جميعاً؛ فلذلك حكم الشافعي ـ رحمه الله ـ بإهدار دم الصادم وإيجاب جميع دية الواقف على عاقلة الصادم، بخلاف المصطدمين إذا ماتا؛ لأن المصطدمين كل واحد منهما بحركته وقوته صدمته مؤثرة في الثاني وفي نفسه، فيصير نصف كل واحد منهما هدراً، والنصف الآخر مضموناً على عاقلة الثاني[10].

---

(1) في / ج: (لم يغرم).
(2) في / أ: (بقبضه).
(3) فلو كانت قيمة المستولدة ألفاً وأرش كل واحدة من الجنايتين ألفاً، فلكل منهما خمسمائة فإن كان الأول قبض الألف استرد الثاني منه خمسمائة.
انظر: روضة الطالبين 9/ 364، ومغني المحتاج 4/ 102.
(4) في / ج: (سيده).
(5) في / أ: (وإذا).
(6) انظر: مختصر المزني / 247، والأم 6/ 86.
(7) في / أ: (ففارقت) ولعل الصواب ما أثبت.
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(9) في / أ: (لاهراق الهجتين).
(10) انظر: الأم 6/ 85، ومختصر المزني / 247.

مسألة (650): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في القديم: «لو كان أحدهما قاعداً على الطريق، أو نائماً، فصدمه الآخر، فماتا، فدية النائم، والقاعد هدر، ودية[1] الصادم على عاقلة النائم[2]»، وهذا خلاف[3] ما ذكر في الجديد في المسألة السابقة.

والفرق في القديم بين الصادم وبين النائم: أن الطريق مدرجة السابلة[4] والمجتازين، وفيها مرافق الاجتياز والاستطراق، وليست للنوم والقعود، فإن النوم والقعود فيها مما يضيقها ويمنع الناس مقاصدها، فصارت الجناية على المهجتين جميعاً منسوبة إلى النائم والقاعد[5] دون الماشي الصادم، وجعلنا النائم سبب العثرة التي حصل[6] التلف منها.

فإن قال قائل: فهلا قلتم مثل ذلك في الواقف مع الصادم في المسألة السابقة، وما الفرق بين أن يقف في الطريق وبين أن يقعد/ أو ينام عليها، وقد جعلتم (271/أ) قعوده ونومه جناية منه، ولم تجعلوا وقوفه جناية؟

قلنا[7]: الفرق بينهما: أن الرجل إذا كان واقفاً في الطريق[8]، فالماشي في الغالب يراه؛ لأنه ماثل[9] له بين عينيه، والغالب من الماشي في الطريق أن لا ينظر إلى ما تحت قدميه[10]، كما ينظر إلى الواقف بين يديه، فيصير القاعد بالقعود جانياً ولا يصير الواقف بوقوفه جانياً؛ فلذلك فصل الشافعي بين المسألتين.

---

(1) في /أ: (ودم).
(2) انظر قول الشافعي في: حلية العلماء 7/ 531.
(3) في /ج: (عكس).
(4) في /أ: (سابله).
(5) (والقاعد) ساقط من /ج.
(6) في /أ: (حصلت).
(7) (قلنا) ساقط من /أ.
(8) في /ج: (إذا كان قائماً في الطريق واقفاً).
(9) في /أ: (ما مثل).
(10) في /ج: (لا ينظر من تحت قدمه).

مسألة (651): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: لو شجه مأمومة، أو قطع يده، فذهب عقله، ففيه دية واحدة، ولا يجب في عين الجراحة شيء[1].

ولو شجه فشلت يده فعليه أرش الشجة ودية اليد[2].

الفرق بين المسألتين: ما أشار إليه الشافعي: أن منزلة العقل في البدن منزلة السمع والبصر، والمراد بذلك: أن البصر له محل مخصوص، فإذا تلف ذلك المحل لم يجب إلا دية البصر، فما من عضو إلا وفي إتلافه مخافة ذهاب العقل؛ لما لم يكن[3] له محل مخصوص من البدن، فصار جميع البدن مع العقل، كالحدقة مع البصر؛ فلذلك أدرجنا دية العضو المقطوع تحت دية العقل.

فأما إذا شجه مأمومة فشلت يده فليس الرأس محلاً لبطش اليد وقوتها، كما تكون الحدقة محلاً[4] للبصر، فإذا سرت الجناية إلى اليد، فزال بطشها بالشلل أفردنا كل واحد منهما بموجبه، فأوجبنا في المأمومة ديتها وفي اليد ديتها.

فأما إذا كسر رجل صلب رجل، فلم يطق المشي، فقد قال الشافعي ـ رحمه الله: «فيه الدية، وإن أطاق المشي، ولكن ذهبت شهوته ففيه الدية، ولا شيء في الكسر، فإن شل ذكره بكسر الصلب وجب في الصلب دية وفي الذكر دية، إذ لا يقصد شلل الذكر بكسر الصلب، ويقصد ذهاب الشهوة بكسر الصلب»[5] وهذا قريب مما ذكرناه.

مسألة (652): ألحق الشافعي ـ رحمه الله ـ ابن المعتق وأباه بابن الجاني وأبيه، فلم

---

(1) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «وإن كسر رجل عظماً من عظام رجل أو جنى جناية عليه ما كانت الجناية، فأذهب عقله كانت عليه الدية ولم يكن عليه بالجناية التي كانت سبب ذهاب العقل أرش» أ. هـ الأم 6/ 82، وانظر: روضة الطالبين 9/ 290.

(2) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ولو جنى عليه جناية في غير يده فأشلت يده كان فيها نصف الدية وأرش الجناية» أ. هـ. الأم 6/ 82.

(3) في /ج: (ما لم يكن).

(4) في /أ: (محل).

(5) انظر: الأم 6/ 81، ومختصر المزني / 246.

يضرب عليهما من عقل جناية معتقه شيئاً[1]، ولم يلحق المعتق بالجاني حتى[2] لا يضرب العقل عليه، بل ضرب على المعتق قسطاً من العقل - أي[3] عقل جناية معتقه[4] - وكأنه بنى هذا الباب على الأثر وهو: ما روي أن بعض موالي صفية بنت عبد المطلب[5] جنى، فقضى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بميراث مواليها للزبير[6]، وقضى بالعقل على علي بن أبي

---

(1) قال الشافعي - رحمه الله -: «ولا أحمل الموالي من أسفل عقلاً حتى لا أجد نسباً، ولا موالي من أعلى، ثم يحملونه لا أنهم ورثته، ولكن يعقلون عنه كما يعقل عنهم» أ. هـ.
مختصر المزني / 249، وانظر: الأم 6/ 116.
قال النووي: «ولا يدخل في عصبة المعتق ابنه وأبوه على الأصح، وقيل: يدخل لفقد البعضية بينه وبين الجاني» أ. هـ.
روضة الطالبين 9/ 350.
وانظر في عدم تحمل ابن الجاني وأبيه: الأم 6/ 115، ومختصر المزني / 248، وروضة الطالبين 9/ 349، والتلخيص. خ. ورقة: 92 - ب.

(2) (حتى) ساقط من / أ.

(3) (العقل أي) ساقط من / ج.

(4) قال الشافعي - رحمه الله -: «ولا يعقل الموالي المعتقون عن رجل من الموالي المعتقين وله قرابة تحمل العقل فإن عجزت عن البعض حمل الموالي المعتقون الباقي» أ. هـ.
مختصر المزني / 249، وانظر: الأم 6/ 116، وروضة الطالبين 9/ 350.

(5) هي صفية بنت عبد المطلب بن هاشم القرشية عمة رسول الله - ﷺ - ووالدة الزبير بن العوام، أحد العشرة المبشرين بالجنة وهي شقيقة حمزة وأمها هالة بنت وهب خالة رسول الله - ﷺ - ولم يختلف في إسلامها من عمات النبي - ﷺ - واختلف في عاتكة وأروى، والصحيح أنه لم يسلم غيرها، هاجرت إلى المدينة مع ولدها الزبير. توفيت سنة عشرين في خلافة عمر بن الخطاب ولها ثلاث وسبعون سنة ودفنت بالبقيع.
انظر: الإصابة 4/ 348، وأسد الغابة 5/ 492، وتهذيب الأسماء واللغات 2/ 349.

(6) هو أبو عبدالله الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب القرشي، حواري رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وابن عمته، أمه صفية بنت عبد المطلب وأحد العشرة المشهود لهم بالجنة، وأحد الستة أصحاب الشورى. أسلم - رضي الله عنه - قديماً في أوائل الإسلام وهو ابن خمس عشرة سنة، وقيل ست عشرة، وقيل وهو ابن ثمان سنين، وكان إسلامه بعد إسلام أبي بكر بقليل، قيل كان رابعاً، أو خامساً في الإسلام، هاجر الزبير - رضي الله عنه - إلى أرض الحبشة، ثم إلى المدينة، وكان أول=

(271/ب) طالب رضي الله عنه»[1]، فثبت بالأثر / أن ابن[2] المعتق بمعزل عن عقل الموالي، وإذا ثبت ذلك في الابن فكذلك الأب[3]، ولا فاصل يفصل بينهما في قول جملة[4] العلماء[5].

فأما الجاني فإنما لا يتحمل[6]؛ لأن التحمل مواساة[7]، ويستحيل[8] وصف الرجل بأنه يواسي نفسه، وعمود نفسه مثل نفسه، وليس بمستحيل أن يقال على المعتق وهو المولى الأعلى أن يواسي المولى الأسفل إذا جنى، كما يواسي النسيب[9] قريبه.

=من سل سيفاً في سبيل الله شهد المشاهد كلها مع رسول الله ـ ﷺ ـ، شهد الجمل مقاتلاً لعلي، ثم ترك القتال وانصرف، فلحقه جماعة من الغواة فقتلوه بوادي السباع بناحية البصرة ودفن هناك وكان قتله يوم الخميس لعشر خلون من جمادى الأولى من سنة ست وثلاثين، وكان عمره لما قتل سبعاً وستين سنة، وقيل ستاً وستين، وقيل أربعاً وستين. انظر: أسد الغابة 2/ 196 ـ 199، والإصابة 1/ 545، وتهذيب الأسماء واللغات 1/ 194 ـ 196.

(1) وذلك لما اختصم الزبير وعلي.
والأثر أخرجه الشافعي في الأم 6/ 115، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب «الديات» باب «من العاقلة التي تغرم» 8/ 107، وقال ابن حجر في تلخيص الحبير: «وهو منقطع» أ. هـ تلخيص الحبير 4/ 37.

(2) (ابن) ساقط من / أ.

(3) في / أ: (في الأب).

(4) (جملة) ساقط من / أ.

(5) سواء الذين قالوا إنهما لا يتحملان العقل كالشافعية وإحدى الروايتين عن أحمد.
أو الذين قالوا إنهما يتحملان العقل، كالحنفية والمالكية والرواية الأخرى عن أحمد.
انظر: روضة الطالبين 9/ 349، ومغني المحتاج 4/ 95، والمغني 7/ 784، والكافي 4/ 123، وشرح فتح القدير 10/ 395 ـ 399، وبدائع الصنائع 7/ 255 ـ 256، والأشراف 2/ 193، والتفريع 2/ 213.

(6) في / ج: (لا يحمل).

(7) في / أ: (مساواة).

(8) في / أ: (ومستحيل).

(9) في / ج: (النسب).

مسألة (653): إذا جنى رجل على نفسه، فقتلها فذلك الفعل هدر في حق الدية[1]، وأما الكفارة[2] فقد أوجبها بعض أصحابنا في ماله[3]، ولم يفصلوا[4] في إسقاط الدية بين قول من يقول: الدية تجب[5] للوارث ابتداء، وبين قول من يقول: إنها تجب للمقتول [ابتداء، ثم تنتقل بالميراث إلى الورثة[6].

والفرق بين الكفارة وبين الدية][7]: أن الكفارة تجب لحق الله تعالى بارتكاب هذه الكبيرة المخصوصة، وقد تحقق الارتكاب منه بما فعل من القتل، وكل حق يخصه، فهو فيه مقدم على ورثته.

ألا ترى أن مؤنة غسله وكفنه مقدمة[8] على ميراثهم[9]، وكذلك قضاء ديونه إذا

---

(1) انظر: روضة الطالبين 9/ 362، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 888، ومختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي 2/ 550.

(2) الأصل في كفارة القتل قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَـٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٩٢﴾﴾ النساء.

(3) وممن ذهب إلى ذلك ابن القاص. وهذا أصح الوجهين.
انظر: التلخيص.خ. ورقة: 90 ـ أ، وروضة الطالبين 9/ 381، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 550.

(4) في /أ: (ولم يفصل).

(5) (تجب) ساقط من /أ.

(6) في أصل وجوب الدية وكيفية وجوب أصلها قولان:
القول الأول: إنها تجب للمقتول، ثم تنتقل إلى الورثة وهذا هو الأظهر.
القول الثاني: إنها تجب للورثة ابتداء عقب هلاك المقتول.
انظر: روضة الطالبين 9/ 137، والسلسلة خ. ورقة: 148 ـ ب، وتهذيب الأحكام خ. ج 4 ورقة: 22 ـ أ، ومغني المحتاج 4/ 11.

(7) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(8) في /أ: (مقدمان).

(9) انظر: مغني المحتاج 3/ 3، وقليوبي وعميرة 3/ 135.

مات وعليه ديون[1].

فأما الدية إذا وجبت، فلا بد من أن تجب للورثة ميراثاً لهم سواء قلنا: أول وجوبها لهم، أو للمقتول[2].

ألا ترى أنها على القولين مقسومة بينهم على فرائض الله سبحانه[3].

ألا ترى أنّا نقضي منها على القولين ديونه[4].

ألا ترى أنّا ننفذ منها[5] وصاياه[6].

وإذا لم يكن بد من أن تكون موروثة لهم عنه[7]، فلا بد من إضافة الملك إليه بكل حال وترتيب ملك الوارث على ملكه، ولو قلنا: وجبت الدية له لما وجبت إلا عليه؛ لأنه هو القاتل، ومن المحال أن يجب للرجل على نفسه دين، أو دية؛ فلذلك كانت الدية ساقطة وكان في وجوب الكفارة وجهان[8].

مسألة (654): لولي الجنين أن لا يقبل الغرة الواجبة دون سبع سنين، أو ثمان سنين[9]. ولو أعتق رجل عن الكفارة[10] رقبة صغيرة رضيعة مثلاً أجزأت عنه[11].

---

(1) في /أ: (دين).
وانظر: المرجعين السابقين.

(2) في /أ: (والمقتول) بسقوط الألف قبل الواو.

(3) انظر: مغني المحتاج 3/ 3، وقليوبي وعميرة 3/ 135.

(4) انظر: مغني المحتاج 3/ 3، 4/ 11، وروضة الطالبين 9/ 137.

(5) (منها) ساقط من /أ.

(6) انظر: المرجعين السابقين.

(7) في /ج: (وعنه).

(8) والوجه الثاني: أنها لا تجب؛ لأن في الكفارة معنى العبادة، فيبعد وجوبها على ميت ابتداء.
انظر: روضة الطالبين 9/ 381.

(9) انظر: الأم 6/ 109، ومختصر المزني / 250، وروضة الطالبين 9/ 376.

(10) في /أ: (عنه كفارة).

(11) انظر: مغني المحتاج 3/ 360، وروضة الطالبين 8/ 281.

والفرق بين المسألتين: أن المقصود من الغرة في قتل الجنين تمليك الولي رقبة تستقل بنفسها، فإذا كانت صغيرة[1] فملكه إياها لم يستغن عن ضرر يتحمله مما ملكه[2]، لأن ذلك الطفل لا يستغني عن أم، أو حاضنة تتفقده وتتعهده بمؤنة كبيرة، فكان له أن يمتنع، فلا يقبل حتى ينتهي إلى المدة التي هي مدة الاستغناء عن الحضانة فيصير ابن سبع سنين أو ثمان؛ ولذلك جاز التفريق بين الأم والولد في هذه النهاية، ولم يجز التفريق قبل هذه المدة[3].

فأما التحرير في الكفارة فالمقصود إزالة الملك عن الرقبة السليمة من العيوب[4]، وليس / القصد التمليك، فإن المُعْتَق لا يملك رقبته، ولذلك ثبت (272/أ) الولاء عليه[5] لمن[6] أعتقه[7]، ولو ملك العبد رقبته[8]، ثم عتق لا يقطع الولاء عن السيد[9].

(1) في / جـ: (فإذا كان صغيراً).

(2) في / أ: (مما يملكه).

(3) فلا يخير المولود بين الأبوين إلا في هذا السن ولا يفرق بين الأمة وولدها في البيع إلا بهذا السن.
انظر: الأم 6/ 109، ومختصر المزني / 250.

(4) في / جـ: (عن العيوب).
يشترط في الرقبة المعتقة في الكفارة أن تكون سليمة من العيوب التي تخل بالعمل والكسب.
انظر: مغني المحتاج 3/ 360، وروضة الطالبين 8/ 284.

(5) (عليه) ساقط من / أ.

(6) في / جـ: (ولمن).

(7) لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فإنما الولاء لمن أعتق» متفق عليه واللفظ لمسلم.
انظر: مغني المحتاج 4/ 506، وروضة الطالبين 12/ 170، وصحيح البخاري كتاب «العتق» باب «بيع الولاء وهبته» حديث (20)، ومسلم كتاب «العتق» باب «إنما الولاء لمن أعتق» حديث (1504).

(8) بالكتابة.

(9) انظر: روضة الطالبين 12/ 170، ومغني المحتاج 4/ 506.

مسألة (655): إذا وجبت الغرة، فللولي[1] أن لا يقبل[2] خصياً[3]، ويجزىء الخصي في الكفارات[4].

والفرق بينهما: أن المقصود من الكفارات أن يكون المُعْتَق باطشاً قوياً على الكسب، وكل[5] عيب لا يضر بالكسب ضرراً بيناً، فذلك العيب لا يمنع الإجزاء في الكفارة، وإن كان يضر بالكسب ضرراً بينا كان[6] مانعاً للإجزاء، والخصاء ليس مما يمنع الكسب والاحتراف.

فأما من استحق الغرة، فليس يستحقها للكسب وإنما يستحقها دية، فله أن يمتنع عن كل عيبٍ بيّن؛ ولذلك أجزأت العوراء في الكفارة[7]، ولا تجزىء في دية الجنين إذا امتنع الولي عن القبول[8].

مسألة (656): الخصاء في الغرة يمنع الإجزاء والإيفاء إذا امتنع الولي، كما ذكرنا[9]. والخصاء في شاة الأضحية لا يمنع الإجزاء[10].

والفرق بينهما: أن المقصود من الغرة تمام الدية التي هي دية الجنين، وما يعد من[11] العيوب في أعيان الديات، فللولي أن يمتنع عنه وعن أخذه وقبوله.

فأما الضحية[12]، فالمقصود منها[13] اللحم وإراقة الدم، وليس للخصاء تأثير

(1) (فللولي) ساقط من / ج.
(2) في / ج: (ألا يقبل).
(3) انظر: روضة الطالبين 9/ 376، ومغني المحتاج 4/ 105.
(4) انظر: روضة الطالبين 8/ 285، وكفاية الأخيار 2/ 72.
(5) في / أ: (فكل).
(6) (كان) ساقط من / أ.
(7) انظر: المرجعين السابقين.
(8) انظر: مغني المحتاج 4/ 105، وروضة الطالبين 9/ 376.
(9) انظر: المسألة السابقة.
(10) انظر: المجموع 8/ 401، ومغني المحتاج 4/ 285.
(11) (من) ساقط من / أ.
(12) في / ج: (فأما) الأضحية.
(13) في / ج: (منه).

في هذا المقصود، وأن[1] تأثير الخصاء في اللحم بأن[2] يزيده طيباً وقيمة، لا بأن يزيده عيباً ونقصاً.

مسألة (657): إذا ضرب بطن امرأة، فألقت بدنين لا رأس لهما وجب غرتان[3].

ولو ألقت رأسين لا بدن معهما وجب غرة واحدة[4]، وذلك أن البدن الواحد ربما يكون له رأسان[5]، وسمع الشافعي - رحمه الله - بامرأة لها رأسان[6]، وأحب[7] أن يراها، فخطبها[8] وتزوجها، فنظر إليها[9] ثم طلقها، وأعطاها صداقها[10]، وقيل: ولد لرجل صبي له رأسان إذا بكى بأحدهما يبكي الآخر، وإذا سكت أحدهما[11] سكت الآخر[12].

وأما بدنان تحت رأس واحد، فذلك مما لا يعهد ولم يسمع[13] به[14]؛ فلذلك فصلنا بين المسألتين.

---

(1) في /أ: (فإن).
(2) في /أ: (باق).
(3) وقيل غرة، حكاه الروياني من نص الشافعي.
انظر: روضة الطالبين 9/ 368، ومغني المحتاج 4/ 104، والوجيز 2/ 156.
(4) على الصحيح.
وقيل: غرتان.
انظر: روضة الطالبين 9/ 368، ومغني المحتاج 4/ 104.
(5) في /أ: (رأسين).
(6) في /أ: (رأسين).
(7) في /ج: (فأوجب).
(8) (فخطبها) ساقط من /أ.
(9) في /أ: (فنكحها ونظر إليها).
(10) انظر القصة في: مغني المحتاج 4/ 104، وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج 9/ 41.
(11) (أحدهما) ساقط من /أ.
(12) ذكر ذلك الشرواني في حاشيته على تحفة المحتاج 9/ 41، والشبراملسي في حاشيته على نهاية المحتاج 7/ 382.
(13) في /أ: (ولا سمع).
(14) (به) ساقط من /أ.

كتاب القسامة(1)

مسألة (658): الأيمان في جميع الخصومات موضوعة في جانب المدعى عليه(2)؛ لقول رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ(3): «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إلا في القسامة»(4).

---

(1) (كتاب القسامة) ساقط من / أ.
والأصل في القسامة ما رواه البخاري ومسلم أن عبدالله بن سهل بن زيد ومُحيِّصة بن مسعود بن زيد خرجا حتى إذا كانا بخيبر تفرقا في بعض ما هنالك، ثم إذا محيصة يجد عبدالله بن سهل قتيلاً، فدفنه، ثم أقبل إلى رسول الله ـ ﷺ ـ هو وحُويصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل وكان أصغر القوم، فذهب عبد الرحمن ليتكلم قبل صاحبيه فقال له رسول الله ـ ﷺ ـ: «كبر» (الكبر في السن) فصمت فتكلم صاحباه، وتكلم معهما، فذكروا لرسول الله ـ ﷺ ـ مقتل عبدالله بن سهل، فقال لهم: «أتحلفون خمسين يميناً فتستحقون دم صاحبكم، أو قاتلكم» قالوا: وكيف نحلف ولم نشهد؟.
قال: «فتبرئكم يهود بخمسين يميناً» قالوا: وكيف نقبل أيمان قوم كفار؟ فلما رأى ذلك رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أعطى عقله.
أخرجه مسلم ـ واللفظ له ـ في كتاب «القسامة» باب «القسامة» حديث (1669)، والبخاري في كتاب «الديات» باب «القسامة» حديث (37).

(2) انظر: المنثور في القواعد 3/ 384، ومغني المحتاج 4/ 109، والمحرر خ. ورقة: 137 ـ ب.

(3) في / أ: (لقوله صلى الله عليه وسلم).

(4) أخرجه البيهقي في كتاب «القسامة» 8/ 123، والدارقطني 4/ 218.
قال ابن حجر: «قوله: روى أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر إلا في القسامة» الدارقطني والبيهقي وابن عبد البر من حديث مسلم بن خالد عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به قال أبو عمر: إسناده لين، وقد رواه عبد الرزاق عن ابن جريج عن عمرو مرسلاً، وعبد الرزاق أحفظ من مسلم بن خالد، وأوثق، ورواه ابن عدي والدارقطني من حديث عثمان بن محمد عن مسلم عن ابن جريج عن عطاء عن أبي هريرة وهو ضعيف أيضاً. وقال البخاري: ابن جريج لم يسمع من عمرو بن شعيب، فهذه علة أخرى» أ.هـ. تلخيص الحبير 4/ 39.=

وصورتها: أن يدعي رجل على رجل، أو على جماعة دماً واللوث موجود فيكون اليمين في جانب المدعي[1].

واللوث[2]: أن يكون بين القاتل وبين المقتول عداوة سابقة، ثم يوجد ذلك المقتول في دار عدوه، أو في سكة مختصة سلكاها[3].

والفرق بين هذه المسألة وبين غيرها من المسائل: أن أسباب اللوث إذا ظهرت وتحققت قوي جانب المدعي، واليمين في سائر الخصومات إنما تكون في جانب المدعى / عليه لقوة جانبه، وقوة جانب المدعى عليه؛ كون الشيء في يده، وظاهر (272/ب) يده أمارة صدقه، فكذلك ظاهر اللوث الموجود أمارة صدق المدعي فيما يدعيه من الدم، فالمعنى الذي أوجب ـ في سائر الخصومات ـ وضع اليمين في جانب المدعى عليه أوجب في[4] القسامة وضعها في جانب المدعي.

ولهذه النكتة وقعت البداءة[5] في اللعان بالرجل دون المرأة؛ لأن العاقل لا يكاد يعير نفسه ويلوث فراشه: بأن يقذف زوجته كاذباً، ولولا الضرورة التي

= وأصله في الصحيحين وهو أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: «لو يعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه».
أخرجه مسلم واللفظ له ـ في كتاب «الأقضية» باب «اليمين على المدعى عليه» حديث (1711)، والبخاري في كتاب «التفسير» باب «إن الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم» حديث (73).
وانظر: مغني المحتاج 4/ 109، والمنثور في القواعد 3/ 384، والمحرر. خ. ورقة: 137 ـ ب.

(1) انظر: كفاية الأخيار 2/ 108، وروضة الطالبين 10/ 9.
(2) اللوث في اللغة: البنية الضعيفة غير الكاملة، ومنه قيل للرجل الضعيف العقل ألوث، وفيه لوثة: أي حماقة. انظر: الزاهر / 373، ولسان العرب 2/ 185.
(3) في / أ: (سكناها)، وفي / ج: (اسكناها) ولعل الصواب ما أثبت.
وانظر: روضة الطالبين 10/ 9 ـ 11، وكفاية الأخيار 2/ 108.
(4) (في) ساقط من / ج.
(5) في / أ: (بالبداه).

غلب بها[1] على القلب صدقه لما قذفها ولما قصد ملاعنتها[2]؛ فلذلك جعلنا البداءة به[3]، فكذلك في القسامة.

مسألة (659): إذا ادعى رجل قوداً بالقسامة، وحلف خمسين يميناً ثبتت الدية[4]، ولا يثبت القود في أصح القولين[5].

والفرق بين الدية والقود: أن القود من العقوبات التي تسقط بالشبهة[6]، وأما الدية، فإنها تجب مع الشبهة.

واعلم[7]: أن الأيمان في القسامة لا تنفك عن نوع شبهة؛ لأنها مبنية على الشواهد، والأمارات، وغالب[8] الظن، والظن يخطىء ويصيب، والشبهة إذا تمكنت من الحادثة وجب درء الحد[9].

فأما المال، فلا سبيل إلى منع وجوبه بمثل هذه الشبهة، بل الدية تجب مع الشبهة في الخطأ، وغيره.

مسألة (660): الصحيح من القولين أن الدم لا يشاط[10] بالقسامة[11]، ولو[12] أن

(1) (بها) ساقط من / أ.
(2) في / أ: (ما لاعنها).
(3) انظر: روضة الطالبين 8/ 352، ومغني المحتاج 3/ 376.
(4) انظر: روضة الطالبين 10/ 23، وكفاية الأخيار 2/ 108، ومغني المحتاج 4/ 116 ـ 117.
(5) وهو القول الجديد.
والقول القديم: يثبت القود.
انظر: روضة الطالبين 10/ 23، ومغني المحتاج 4/ 117.
(6) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 123، ومختصر المزني / 241.
(7) في / أ: (فاعلم).
(8) في / أ: (وغلبت).
(9) في / أ: (رد القود).
(10) شاط دمه وأشاط دمه وبدمه: اذهبه، وقيل: أشاط بدمه عمل في هلاكه.
انظر: لسان العرب 7/ 338، والقاموس المحيط 2/ 370.
(11) انظر: المسألة السابقة.
(12) في / أ: (فلو).

الولي ادعى دماً في غير منزلة اللوث، فاستحلف المدعى عليه، فنكل، فرد[1] اليمين على المدعي، فحلف وجب القود قولاً واحداً[2].

والفرق بين المسألتين: أن أيمان القسامة مرتبة مبنية على ما ذكرنا من ظن مقرون بنوع علم، ومثل هذا اليمين لا يصلح لاستيفاء القود.

فأما[3] إذا وقعت البداءة[4] بالمدعى عليه، فنكل فنكوله، دليل صدق المدعي[5]، ويقوى بذلك قلبه وقلب غيره؛ فلذلك قلنا: إن القصاص في المسألة الثانية واجب قولاً واحداً، لما قويت البينة، وضعفت الشبهة، وبعدت التهمة؛ ولهذه النكتة جرى النكول ورد اليمين في جميع خصومات الشريعة[6]، وما جرت القسامة إلا في حادثة مخصوصة[7].

مسألة (661): المدعى عليه في غير القسامة إذا نكل عن اليمين رددنا اليمين على المدعي، فإن نكل عن يمين الرد بطلت خصومته وسقطت[8] دعواه[9]، والمدعي في القسامة إذا قيل له[10]: لا تستحق[11] إشاطة الدم إن[12]

(1) في /أ: (ورد).
(2) انظر: مغني المحتاج 4/117، وروضة الطالبين 10/ 25.
(3) في /أ: (أما).
(4) في /ج: (البداية).
(5) في /أ: (دليل صدقه).
(6) في /أ: (الشرعية).
(7) سبق ذكرها في الحديث.
انظر: ص 452 هامش (1).
(8) في /أ: (وسقط).
(9) انظر: مغنى المحتاج 4/ 478، وروضة الطالبين 12/ 46، وقليوبي وعميرة 4/ 342 - 343.
(10) في /أ: (إذا نكل قبل له).
(11) في /أ: (تستحق) بسقوط اللام قبلها.
(12) في /ج: (إذا).

أقسمت[1] فنكل، فاستحلف المدعى عليه فنكل، فقال المدعي: أنا أحلف الآن فالصحيح من المذهب أن له أن يحلف وإن كان قد / سبق نكوله[2]. (273/أ)

الفرق بين المسألتين: أن الخصومة إذا لم تكن خصومة قسامة فمقتضى يمين الابتداء ومقتضى[3] يمين الانتهاء واحد وهو المال المطلوب، فإذا نكل شخص عن اليمين في هذه الخصومة لم يعد فيها حقه، حتى لو أقام[4] بعد ذلك شاهداً واحداً وأراد أن يحلف مع شاهده لم يمكن[5] من اليمين بعدما تقدم نكوله السابق[6].

فأما في القسامة فيمين الابتداء مباينة في مقتضاها ليمين الانتهاء.

ألا ترى أن الدم لا يشاط بيمين الابتداء[7]، ويشاط الدم بالنكول ورد اليمين[8]، فله أن يقول: إنما نكلت[9] حين نكلت لعلمي بأني لو حلفت[10] لم أصل إلى مقصودي من القصاص، فأما في مسألة[11] الانتهاء فقد عرفت أني إذا حلفت كنت مستحقاً للقصاص؛ فلذلك رغبت في اليمين انتهاءً وزهدت فيها[12] ابتداءً.

---

(1) على القول الصحيح أن القسامة لا توجب القصاص، كما سبق ذكره.

(2) وقيل: لا ترد؛ لأنه نكل عن اليمين في هذه الخصومة.
انظر: روضة الطالبين 10/ 24، والوجيز 2/ 162.

(3) (مقتضى) ساقط من / ج.

(4) في / ج: (قام) بسقوط الألف قبلها.

(5) في / أ: (لم يتمكن).

(6) انظر: روضة الطالبين 10/ 24 - 25، وأدب القاضي لابن القاص 1/ 281 - 282.

(7) سبق. انظر: ص 454.

(8) فإذا نكل المدعي، ثم نكل المدعى عليه فإن اليمين ترد على المدعي؛ لأنه يستفيد بها ما لا يستفيد بالقسامة وهو القصاص. انظر: روضة الطالبين 10/ 24.

(9) (حين نكلت) ساقط من / ج.

(10) في / أ: (حلف).

(11) (مسألة) ساقط من / أ.

(12) في / أ: (وأن فيها).

وإذا تقدم الشاهد الواحد الذي[1] أقيم على المال، ونكل المدعي عن[2] اليمين مع الشاهد[3]، فاستحلف المدعى عليه فاليمين لا ترد على المدعي أيضاً للنكتة التي ذكرناها، وفي مسألة الشاهد واليمين قول آخر[4]، غير[5] أن الصحيح[6] ما جرينا عليه في[7] الفرق[8].

مسألة (662): إذا ادعى رجل مالاً على أهل محلة مع الإجمال فقال: لي مائة دينار على أهل هذه المحلة، ولم يعين أشخاصهم على التمييز كانت الدعوى غير مسموعة[9].

وقد سمع رسول الله ـ ﷺ ـ مثل هذه الدعوى على أهل خيبر حين جرى ما جرى[10].

والفرق بين المسألتين: أن شأن الدماء مبني على ضرب بليغ من الاحتياط ابتغاء للحقن، فلو قلنا[11]: لا تسمع الدعوى في الدم حتى يكون المدعى عليه بعينه معيناً واحداً أو جماعة: تعذر التعيين[12]، وكيف لا يتعذر[13] ذلك في قتل الغيلة؟.

(1) (الذي) ساقط من / أ.
(2) في / جـ: (على).
(3) في / أ: (مع شاهده).
(4) وهو: أنه يحلف.
انظر: أدب القاضي لابن القاص 1/ 281 ـ 282، وروضة الطالبين 10/ 24 ـ 25.
(5) (غير) ساقط من / جـ.
(6) في / أ: (صحيح).
(7) في / أ: (من).
(8) انظر: أدب القاضي لابن القاص 1/ 282.
(9) انظر: روضة الطالبين 10/ 3، ومغني المحتاج 4/ 109.
(10) سبق تخريجه في ص: 452 هامش (1).
(11) في / جـ: (فقلنا).
(12) في / أ: (وتعذر التعيين).
(13) في / أ: (ولا يتعذر).

فأوجب الاحتياط للدماء الاستماع إلى الدعوى مع ما فيها من نوع إبهام وإجمال[1].

فأما شأن الأموال فخلاف شأن الدماء؛ لأن المدعي لو أراد التعيين فالغالب أنه لا يعجز عن التعيين بالبينة العادلة، فإن تعذر فذلك من النوادر، ولا اعتبار[2] بالنوادر.

فعلى هذا لو ادعى رجل دماً[3] على أحد[4] رجلين والمنزلة منزلة القسامة كان على القاضي أن يسمع دعواه مع ما فيها[5] من إجمال المدعى عليه[6]، ولو توجهت هذه الدعوى على شخصين في المال بأن يقول المدعي: لي مائة درهم على أحد هذين الرجلين، فالقاضي لا يسمع دعواه حتى يعين المدعى عليه، وكذلك[7] لو جاء رجلان[8] إلى القاضي وقالا: أيها القاضي لأحدنا على هذا الرجل مال، (273/ب) فالدعوى/ باطلة غير مسموعة لما فيها من الإبهام وعدم التعيين[9].

مسألة (663): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في هذا الكتاب[10]: «ولو جرح[11] رجل فمات مرتداً بطلت القسامة؛ لأن ماله فيء»[12].

---

(1) في /أ: (ابها أو اجمال)، وفي /ج: (ابهال واجمال) والصواب ما أثبت.
(2) في /ج: (والاعتبار).
(3) في /ج: (دم).
(4) (أحد) ساقط من /أ.
(5) في /أ: (معما فيها).
(6) على أحد الوجهين.
الوجه الثاني ـ وهو الأصح ـ: لا تسمع.
انظر: روضة الطالبين 10/ 3، ومغني المحتاج 4/ 109.
(7) في /أ: (فكذلك).
(8) في /أ: (رجلين).
(9) انظر المرجعين السابقين.
(10) أي كتاب القسامة.
(11) في /أ: (لو جرح) بسقوط الواو قبلها.
(12) انظر: الأم 6/ 91، ومختصر المزني / 252.

وقال قبل ذلك في كتاب الجراح: «لو جرحه مسلماً[1] فمات [مرتداً كان لوليه المسلم أن يقتص بالجرح»[2] فلم يبطل حق وليه بموته مرتداً كما أبطل في القسامة.

والفرق بين المسألتين: أنه[3] إذا جرح وهو مسلم فمات][4] مرتداً فسراية الجراحة[5] أزهقت روحه في زمان الارتداد وسراية زمان الارتداد هدر؛ فلذلك بطلت القسامة، وإنما تكون القسامة في النفوس[6]، وقد خرجت نفسه وهو مرتد.

فأما مسألة كتاب الجراح فقد جنى على مفصل من مفاصله فأبانه[7]، وذلك في زمان إسلامه فاستقر القصاص بتمام الإبانة، فردته[8] العارضة من بعد أثرت في إهدار مهجته، وبقي لوليه ما ثبت له من حق التشفي في الطرف، وذلك كان قبل الارتداد.

والمذهب الصحيح هو: أن مراد الشافعي بقوله: «ولوليه[9] المسلم»: وارثه، لا

(1) في /أ: (مسلم).
(2) انظر: مختصر المزني /238، والأم 6/ 39.
(3) (أنه) ساقط من /ج. ولا يستقيم الكلام إلا باثباتها.
(4) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(5) (الجراحة) مكررة في /ج.
(6) لا في الجراح.
انظر: روضة الطالبين 10/ 9، ومغني المحتاج 4/ 114.
(7) لم يذكر الشافعي ـ رحمه الله ـ في النص الذي نقله المؤلف عنه أن الجناية كانت على مفصل، ولعل المؤلف أخذ هذا من قوله: «كان لوليه المسلم أن يقتص بالجرح».
والقصاص إنما يكون في الأطراف في الغالب.
أما الجراح فليس فيما عدا الموضحة قصاص.
انظر: روضة الطالبين 9/ 179 ـ 180، ومغني المحتاج 4/ 26 ـ 27.
(8) في /أ: (بردته).
(9) في /أ: (وليه).

سلطانه[1].

مسألة (664): المحجور عليه بسبب السفه و التبذير إذا توجهت عليه دعوى مال لم يستحلف، فإن[2] استحلفه الخصم، فنكل، فلا حكم؛ لنكوله، ولا يغرم[3] شيئاً، إذ لا حكم لاستحلافه، هذا إذا كانت دعوى المال من طريق البيع والشراء[4].

فأما إذا توجهت عليه دعوى جناية مالية، فهل تصح الدعوى عليه، وهل تسمع يمينه، أم لا؟ فعلى قولين، أصحهما: ما نص ها هنا في كتاب القسامة أنه كغير المحجور عليه، ويلزمه منها في ماله ما يلزم غير[5] المحجور عليه[6].

والفرق بين الجنسين: أنه في عقد البيع والشراء محجور عليه، فما يتفرع على البيع والشراء ويترتب عليهما ويؤول إليهما، فأثر الحجر منتشر إليه؛ لأنه محض مال؛ فلذلك لم تصح عليه هذه الدعوى.

فأما الجنايات وما يؤول إليها، فإنها لا تدخل تحت[7] الحجر، سواء كانت مالية أو لم تكن مالية، فإن فعل الجناية يحصل ويتصور[8] من المحجور عليه، كما

---

(1) قال المزني: «القياس عندي على أصل قوله أن لا ولاية لمسلم على مرتد كما لا وراثة له منه وكما أن ماله للمسلمين فكذلك الولي في القصاص من جرحه ولي المسلمين» أ. هـ مختصر المزني / 238.
وقال الجمهور: المراد: الوارث؛ لأن القصاص للتشفي، وذلك يتعلق بالقريب دون السلطان.
انظر: روضة الطالبين 9/ 169، ومغني المحتاج 4/ 23.

(2) في /أ: (ما لم يستحلف وإن).

(3) في /أ: (ولا يؤثر).

(4) انظر: مختصر المزني / 252، والأم 6/ 98.

(5) (غير) ساقط من /أ.

(6) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «وسواء في النكول المحجور عليه وغير المحجور عليه ويلزمه منها في ماله ما يلزم غير المحجور، والجناية خلاف البيع والشراء» أ. هـ مختصر المزني / 252، وانظر: الأم 6/ 98.

(7) (تحت) ساقط من /أ.

(8) في /ج: (ويتصور منه كما يتصور).

يحصل، ويتصور من غير المحجور عليه؛ فلذلك سوى الشافعي بينهما وألحق أحدهما بالآخر.

مسألة (665): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في هذا الكتاب[1]: فإن ادعى الجاني أنه برأ[2] من الجراح زاد في[3] يمينه[4]: وما بَرأ من جراحة فلان حتى مات منها، فجعل القول قول ولي المجني عليه حيث لا يعدم لوث[5].

وقال في موضع آخر: «إذا ادعى الجاني أنه[6] برأ من تلك الجراحة واحتملت المدة، وقال الولي: مات منها فالقول قول الجاني»[7].

والفرق بين المسألتين: أن دعوى الدم إذا كان لا يعدم/ فيها اللوث فجانب (274/أ) المدعي أولى بالتقوية من جانب المدعى [عليه، وذلك بسبب اللوث الموجود، ألا ترى كيف بدأنا به وبأيمانه ولم نبدأ بالمدعى عليه][8]، وغايرنا بينه وبين سائر الخصومات في ابتداء إثبات الجناية، فكذلك إذا كانا متصادقين على ابتداء وجوب

(1) أي كتاب القسامة.
(2) في / ج: (لقد برأ).
(3) (في) ساقط من / ج.
(4) أي يمين المجنى عليه.
(5) نقل المؤلف ـ رحمه الله ـ جزءاً من كلام الشافعي له ارتباط بما قبله مما جعل فهم النص الذي ساقه المؤلف أمراً عسيراً، فكان الأحرى بالمؤلف ـ رحمه الله ـ أن ينقل كلام الشافعي من أوله ليتضح المراد؛ ولعله خشي الإطالة. ونص الشافعي من أوله: قال الشافعي «وإذا وجبت لرجل قسامة حلف بالله الذي لا إله إلا هو عالم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، لقد قتل فلان فلاناً منفرداً بقتله ما شاركه في قتله غيره وإن ادعى على آخر معه حلف لقتل فلان وآخر معه فلاناً منفردين بقتله ما شاركهما فيه غيرهما، وإن ادعى الجاني أنه برأ من الجراح زاد وما برأ من جراحة فلان حتى مات منها» أ. هـ.
مختصر المزني / 253، وانظر: الأم 6/ 100.
(6) أي المجنى عليه.
(7) انظر: الأم 6/ 63.
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

الجناية مختلفين في بقاء السراية وانقطاعها، فالقول قول ولي الدم؛ تقوية لجانب المدعي واستصحاباً واستدامة لما تقدم[1] وتحقق من الجناية.

فأما في غير موضع القسامة، فجانب المدعى عليه أولى بالتقوية من جانب المدعي؛ لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه، فإذا ادعى الاندمال والخصم يجحده والمدة تحتمله، فالقول قوله مع يمينه، لا قول خصمه[2]، كما جعلنا الأيمان في الابتداء موضوعة في جانبه[3]، لا في جانب المدعي[4].

مسألة (666): إذا شهد الشهود في حق من الحقوق قبل الدعوى كانت الشهادة مردودة[5]، وقد قال الشافعي ـ رحمه الله في هذا الموضع ـ: «لو شهدا على رجلين أنهما قتلاه، وشهد آخران[6] على الشاهدين الأولين أنهما قتلاه، وكانت[7] شهادتهما في مقام واحد[8]: فإن[9] صدقهم ولي الدم معاً بطلت الشهادة[10]، وإن صدق اللذين شهدا أولاً قبلت شهادتهما، وجعلت الآخرين دافعين بشهادتهما[11]، [وإن صدق اللذين شهدا][12] [آخراً

(1) في /أ: (لما نقرر).
(2) أي المدعى.
(3) أي المدعى عليه.
(4) سبق ذكره.
انظر ص: 452.
(5) هذا في حقوق الآدمي، أما ما تمخض حقاً لله تعالى، أو كان له فيه حق متأكد لا يتأثر برضى الآدمي، كطلاق وعتق، فتقبل فيه شهادة الحسبة قبل الدعوى.
انظر: أدب القضاء 2/ 38، وروضة الطالبين 10/ 35، 11/ 243، ومغني المحتاج 4/ 437.
(6) في /ج: (وشهد الآخران).
(7) في /أ، د: (فكانت) ومكررة في /ج.
(8) في /أ: (في مقام واحد نظرت).
(9) في /ج: (وإن).
(10) في /أ: (الشهادتان).
(11) في /أ: (لشهادتهما).
(12) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.

أبطلت شهادتهما؛ لأنهما][1] [يدفعان بشهادتهما ما شهد به عليهما»[2]، ولم يقل؛ لأن شهادتهما شهادة قبل الدعوى، فظاهر هذا الكلام أنه جعل شهادتهما قبل الدعوى في هذه المسألة][3] شهادة لها حكم، بخلاف سائر الدعاوى.

وجرى كثير من أصحابنا على هذا الظاهر، وفصلوا بين دعوى العقوبات وبين دعوى الأموال المحضة[4] فقالوا: إن الشهادة في العقوبات مسموعة قبل الدعوى: وليست بمسموعة[5] في سائر الخصومات ما لم تتقدمها الدعوى، واستشهدوا على هذا بما قال الشافعي ـ رحمه الله ـ:

«لو أن رجلين شهدا على رجل بأنه سرق ألف درهم لفلان حبسته وسألت المشهود له: فإن ادعى المال قطعته، وإن قال: المال له لم أقطعه»[6].

فكيف رأيت الشافعي قبل الشهادة السابقة على الدعوى في هذا الموضع، فكذا في الجنايات؛ لأنها عقوبة كما أن الحدود عقوبات، مع أن حدود الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة بخلاف حقوق الآدميين[7].

ومن أصحابنا من يقول: إن هذه الشهادة المتقدمة على الدعوى مردودة، ولكن إذا سألناه عن البينتين فربما يصدقهم جميعاً[8]، أو يصدق[9] / الثانية دون الأولى، (274/ب) فتسقط[10] دعواه؛ لما[11] تضمنت من تكذيب نفسه بنفسه، أو ربما كان له وكيلان

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ، ج وأثبته من نص الشافعي في المختصر.
(2) انظر: مختصر المزني / 254 - 255.
(3) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(4) في /أ: (المختصة).
(5) في /أ: (وليست مسموعة قبل الدعوى وليست بمسموعة).
(6) انظر: الأم 6/ 153، 7/ 151، ومختصر المزني / 264.
(7) وهذا قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة.
انظر: حلية العلماء 8/ 257، وروضة الطالبين 10/ 35.
(8) (جميعاً) ساقط من / ج.
(9) في / ج: (ويصدق) بدون الألف قبلها.
(10) في /أ: (فسقط).
(11) في /أ: (بما).

فادعى أحدهما على هذين، والثاني على هذين الآخرين، ثم شهدوا في مقام واحد، كما صور الشافعي، فتكون كل واحدة من الشهادتين متعقبة للدعوى غير متقدمة عليها[1].

مسألة (667): إذا شهد أحد الشاهدين أن فلاناً[2] قتل فلاناً غدوة، وشهد الشاهد الثاني أنه قتله عشية، فالقتل لا يثبت بمثل هذه البينة[3].

ولو أن أحد الشاهدين شهد على إقراره بأنه قتله غدوة، وشهد الثاني على إقراره بأنه[4] قتله عشية ثبت القتل بشهادتهما[5].

والفرق بين المسألتين: أن شهادتهما في المسألة الأولى شهادة على عين الفعل، وقد شهد أحدهما على فعله في زمان، والثاني شهد على فعله في زمان ثانٍ، فما اتفقت[6] شهادتهما[7]. وما اجتمعتا على الشيء الواحد[8] المشهود عليه؛ فلذلك لم يثبت القتل حتى ينضم إلى واحد منهما شاهد يصدقه على مثل شهادته.

فأما المسألة الثانية، فليست كذلك، وذلك أن شهادتهما تعتمد الإقرار وتستند إليه، وقد اجتمعت واتفقت[9] شهادتهما على إقراره بالقتل، فلا يضر بعد ثبوت الإقرار الاختلاف في الزمان الذي أخبر عنه بالإقرار[10].

---

(1) قال أبو يعقوب الأبيوردي، وصاحب التقريب القاسم بن القفال الكبير: إن المسألة من أصلها مصورة في هذا. أي أن نص الشافعي مصور في التصوير الثاني.
انظر: روضة الطالبين 10/ 36.

(2) في / ج: (أن فلان).

(3) انظر: روضة الطالبين 10/ 38 - 39، ومغني المحتاج 4/ 122، وأدب القضاء 2/ 121.

(4) في / أ: (أنه).

(5) انظر: المراجع السابقة.

(6) في / ج: (فما التقت).

(7) (شهادتهما) ساقط من / ج.

(8) في / أ: (ولا اجتمعا على شيء واحد).

(9) في / ج: (والتقت).

(10) وعلل ابن أبي الدم اختلاف حكم المسألتين بقوله: «لأن اختلاف تاريخ الإقرار لا يوجب اختلاف المقربة، واختلاف وقت الفعل يوجب اختلاف الفعل» أ. هـ. أدب القضاء 2/ 121.

وعلى[1] هذا نقول: لو شهد أحد الشاهدين أنه قتله برمح طعنه به[2]، وشهد الثاني أنه قتله بسيف لم يثبت القتل بمثل ذلك[3]، ولو شهد أحدهما على إقراره بأنه قتله بسيف وشهد الآخر على إقراره أنه قتله برمح ثبت القتل بشهادتهما[4].

مسألة (668): إذا شهد أحد الشاهدين أنه قتله[5] غدوة، وشهد [الثاني أنه قتله عشية لم يثبت قتل، ولا قسامة، والقول قول المدعى عليه مع يمينه[6].

ولو شهد أحد الشاهدين أنه أقر بقتله غدوة، وشهد][7] الشاهد الآخر أنه قتله عشية لم يثبت القتل وثبتت القسامة، والقول قول الولي مع خمسين يميناً وله الدية[8].

والفرق بين المسألتين: أن الشاهدين في المسألة الأولى شهدا جميعاً على صورة الفعل وهما متكاذبان، والقسامة مبنية على غلبة الظن وكثرة الشواهد وظهور[9] الأمارات، وهذا هو اللوث[10]، فمتى ضعفت أسباب اللوث بالتكاذب والتكذيب صار اللوث معدوماً، فلا قسامة مع عدمه[11].

---

(1) في /ج: (على) بسقوط الواو قبلها.
(2) (به) ساقط من /أ.
(3) انظر: مغني المحتاج 4/ 122، وروضة الطالبين 10/ 38 ـ 39، وأدب القضاء 2/ 121.
(4) انظر: المراجع السابقة.
(5) في /أ: (أنه أمر بقتله).
(6) هذا هو المذهب.
وقيل: إن هذه الشهادة لوث فيقسم الولي وتثبت الدية؛ لاتفاقهما على أصل القتل.
انظر: روضة الطالبين 10/ 39، ومغني المحتاج 4/ 122.
(7) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(8) انظر المرجعين السابقين.
(9) (ظهور) ساقط من /أ.
(10) في /أ: (هو صفة اللوث).
(11) في /ج: (مع عدم اللوث).

فأما في المسألة الثانية فالتكاذب معدوم[1] بين الشاهدين؛ لأن أحدهما شهد على الإقرار دون الفعل، والثاني شهد على الفعل دون الإقرار فلم يثبت القتل لاختلافهما فيما شهدا عليه/ ، ولكن تثبت القسامة ما لم يكونا في الشيء الواحد متكاذبين، فإن الشاهد الواحد العدل لوث في القسامة[2]. (275/أ)

وعلى هذا الأصل قلنا: إذا قال أحد الوارثين: قتل أبانا خالد بن عبدالله ورجل آخر، وقال[3] الوارث الثاني[4]: قتل أبانا جعفر بن عبدالله ورجل آخر ثبتت القسامة[5]، ومثله[6] لو قال أحدهما: قتل أبانا خالد بن عبدالله ورجل آخر معه، وقال الآخر[7]: قتل أبانا جعفر بن عبدالله ورجل آخر لا أعرفه ولكن أعلم أنه لم يكن خالد بن عبدالله، لم تثبت القسامة في أظهر القولين[8].

والفرق[9] بين المسألتين: أنهما في المسألة الأولى غير متكاذبين، إذ يحتمل أن يكون الرجل المجهول عند هذا هو الرجل المعروف عند الآخر. فأما في المسألة الثانية فقد صرح أحدهما بتكذيب صاحبه في خالد بن عبدالله، وإذا تحقق التكاذب ضعف اللوث بالتكاذب.

مسألة (669): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو شهد وارثه أنه جرحه عمداً أو خطأً

---

(1) (معدوم) ساقط من /أ.
(2) انظر: روضة الطالبين 10/ 11، ومغني المحتاج 4/ 112.
(3) في/ ج: (فقال).
(4) في / ج: (الآخر).
(5) انظر: روضة الطالبين 10/ 15، ومغني المحتاج 4/ 113.
(6) في / ج: (وبمثله).
(7) في / ج: (الثاني).
(8) والقول الثاني: تثبت القسامة ولا يبطل حقه من اللوث بتكذيب أحد الوارثين؛ لأن القسامة مع اللوث كاليمين مع الشاهد، ثم تكذيب أحد الوارثين لا يمنع الآخر من أن يحلف مع الشهادة فكذلك تكذيب أحد الوارثين لا يمنع الآخر من أن يقسم مع اللوث. انظر: روضة الطالبين 10/ 14 ـ 15، والمهذب 2/ 320 ـ 321، ومغني المحتاج 4/ 112 ـ 113.
(9) في / أ: (وكان والفرق)، وفي / ج: (فكان والفرق) والصواب ما أثبت.

لم أقبل؛ لأن الجرح قد يكون[1] نفساً فيستوجب بشهادته[2] الدية»[3] هكذا قال.

ومثله[4] لو أن رجلاً مرض وله على رجل دين[5]، فشهد بعض ورثته[6] على إثبات ذلك الدين كانت شهادة الورثة مقبولة[7]، وإن كان ذلك الدين راجعاً إليهم[8] بالميراث[9].

والفرق بين المسألتين: أن الورثة إذا شهدوا على الجراحة فقد شهدوا على سبب تلفه، فيستحيل أن تقبل شهادتهم وهم يستحقون الدية التي أثبتوها بالشهادة على القتل، فيصيرون على الحقيقة شاهدين لأنفسهم، لاسيما إذا قلنا: إن الدية في أول وجوبها تجب للوارث[10].

فأما في المسألة الثانية فإنهم شهدوا على إثبات الدين، وما شهدوا على إثبات السبب الذي به ينتقل بموته[11] إليهم[12] ذلك الحق؛ لأنه مات بمرضه، وكان الدين بشهادتهم ثابتاً له[13] دونهم، ثم انتقل بموته إليهم بعد

---

(1) في/أ: (لأن الجراح قد تكون).
(2) في /أ: (ويستوجب شهادته).
(3) مختصر المزني / 255، وانظر: الأم 6/ 17.
(4) في /ج: (وبمثله).
(5) في /أ: (دينا).
(6) في /ج: (بعض ورثته المريض).
(7) في /أ: (شهادته مقبولة).
(8) في /أ: (إليه).
(9) على أصح الوجهين.
الوجه الثاني: أنها لا تقبل كالجرح، للتهمة.
انظر: مغني المحتاج 4/ 121، ونهاية المحتاج 7/ 400، وروضة الطالبين 10/ 34.
(10) سبق ذكر ذلك.
انظر: ص 447.
(11) (بموته) ساقط من /ج.
(12) في /ج: (إليه).
(13) (له) ساقط من /ج.

استقراره له[1] بالشهادة الصادرة من جهتهم[2].

مسألة (670): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو شهد من هو[3] عاقلته بالجرح ـ يعني بجرح شهود القتل ـ لم أقبل وإن كان فقيراً؛ لأنه قد يكون له مال[4] في وقت العقل[5] ويكون دافعاً عن نفسه»[6].

قال المزني: وأجازه[7] في موضع آخر إذا كان من عاقلته في قرب النسب من يتحمل عنه العقل حتى لا يخلص إليه الغرم إلا بعد موت[8] الذي هو أقرب[9].

(275/ب) قال[10] المحققون / من مشايخنا: إن المسألتين على ظاهرهما في الجواب، فتكون الشهادة مردودة في المسألة الأولى، مقبولة في المسألة الثانية[11].

---

(1) (له) ساقط من / ج.

(2) انظر هذا الفرق في: نهاية المحتاج 7/ 400، ومغني المحتاج 4/ 121.
قال الشربيني في مغني المحتاج 4/ 121: «وفرق الفارقي بينهما: بأنهما إذا شهدا بالمال لم يحصل لهما نفع حال وجوبه؛ لأن الملك يحصل للمشهود له وينفذ تصرفه فيه في ملاذه وشهواته، وإذا شهدا له بالجراحة كان النفع حال الوجوب لهما؛ لأن الدية قبل الموت لم تجب وبعده تجب لهما» أ. هـ.

(3) (هو) ساقط من / أ.

(4) في / ج: (المال).

(5) في / أ: (في وقت العقد).

(6) وتمام النص: «بشهادته ما يلزمه».
مختصر المزني / 255، وانظر: الأم 6/ 18.

(7) في / أ: (وأجزأه).

(8) في / ج: (الموت).

(9) انظر: مختصر المزني / 255.

(10) في / ج: (فقال).

(11) ومن الأصحاب من نقل جواب إحداهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين بالنقل والتخريج:
أحدهما: تقبل؛ لأنهما في الحال لا يحملان شيئاً من الدية فلا تهمة في شهادتهم.
الثاني: لا تقبل؛ لأنه قد يموت قبل الحول، ويوسر الفقير فيصيران من العاقلة. فلا تخلو شهادتهما عن التهمة.
انظر: روضة الطالبين 10/ 34، والمهذب 2/ 329 ـ 330، وحلية العلماء 8/ 256، والتهذيب خ. ج 4. ورقة: 90 ـ ب، 91 ـ أ.

والفرق بينهما: أن الفقير لا يزال[1] يمني نفسه الأماني ويحدثها بالغنى وبأسبابه[2]، فلا يبعد أن يشهد على جرح شهود القتل[3] مخافة أن يأتي أوان التحمل ـ وهو آخر الحول ـ وهو غني فيخصه قسط من الغرامة.

فأما في المسألة الثانية فليس كذلك؛ لأن الموت ـ وإن كان أقرب من شراك نعله[4] ـ فالناس يستبعدونه في عاداتهم التي جبلوا عليها فمن البعيد أن يشهد الرجل البعيد في درجة النسب على دفع القتل مخافة أن يموت القريب قبل التحمل[5]، فيخلص إليه تحمل العقل[6]؛ فلذلك فصلنا بين المسألتين.



(1) (لا يزال) ساقط من / ج.
(2) في / أ: (وأسبابه).
(3) في / ج: (العقل).
(4) شراك النعل: أحد سيور النعل التي تكون على وجهها.
انظر: لسان العرب 10/ 451، والمصباح المنير / 311.
(5) في / أ: (قبل الحول).
(6) انظر هذا الفرق مختصراً في: روضة الطالبين 10/ 34 ـ 35، ومغني المحتاج 4/ 121.

كتاب قتال أهل البغي[1]

مسألة (671): ما أتلف الباغي من مال أهل العدل قبل ثائرة الحرب، فعليه ضمانه[2].

فأما ما أتلفه في حال القتل، ففي وجوب ضمانه قولان[3].

والفرق بين الحالتين: أنه إذا أتلف في حال القتال، فإنما أتلفه على حكم التأويل الذي تأوله؛ لاستحلال القتال، فما كان القتال سبباً لإتلافه، فالتأويل شبهة مؤثرة في إسقاط غرامته.

فأما ما أتلفه[4] على غير ثائرة القتال، فلا تأويل فيه، ولا شبهة؛ لأن الباغي لا يستحل مال العادل إنما يستحل قتاله؛ ولهذه النكتة قلنا: ما أتلف العادل من مال الباغي في غير قتال، فعليه ضمانه[5]، وما أتلفه في حال القتال، فليس عليه ضمانه[6].

---

(1) أهل البغي: هم المخالفون لإمام العدل بخروج عليه وترك الانقياد، أو منع حق توجه عليهم بشرط شوكة لهم وتأويل.
انظر: مغني المحتاج 4/ 123، ونهاية المحتاج 7/ 402، وكفاية الأخيار 2/ 122.

(2) انظر: روضة الطالبين 10/ 55، والحاوي «كتاب قتال أهل البغي» / 79.

(3) أحدهما: ـ قاله في القديم ـ: أنه يضمن.
الثاني: قاله في الجديد ـ أنه لا يضمن ـ وهو الصحيح ـ لقوله تعالى: ﴿فَقَٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ فَإِن فَآءَتْ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا بِٱلْعَدْلِ وَأَقْسِطُوٓا۟ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ۝٩﴾ الحجرات.
فأمر بالإصلاح بينهم، ولم يذكر تبعة في دم ولا مال، فدل على سقوطه عنهم.
انظر: الحاوي «كتاب قتال أهل البغي» / 81 ـ 82، وروضة الطالبين 10/ 55.

(4) في / ج: (ما أتلف).

(5) انظر: روضة الطالبين 10/ 55، والحاوي كتاب «قتال أهل البغي» / 79 - 80.

(6) انظر المرجعين السابقين.

مسألة (672): إذا ارتدت[1] طائفة من المسلمين، فقاتلناهم فأتلفوا أموالنا في حال القتال فالمذهب الصحيح أنهم ضامنون[2]، بخلاف أهل البغي في أحد[3] القولين[4].

والفرق بين الطائفتين: أن أهل البغي يقاتلوننا[5] على تأويل يتأولونه، ولولا ذلك التأويل لما أثبتنا لهم أحكام أهل البغي، كما لا نثبت أحكام البغي لهم لولا نصب الإمام[6] والشوكة[7].

فأما المرتدون [فلا تأويل لهم وقد ارتدوا[8] عن أصل الدين، فصاروا ضامنين[9]، ولم يكونوا][10] كالحربيين الذين لم يلتزموا[11] أحكام الإسلام. [والمرتدون قد التزموا أحكام الإسلام][12]، ألا ترى أنا لا نرضى منهم[13] إلا بالإسلام، أو بالسيف، ونرضى من الحربي بالجزية.

---

(1) في /أ: (ارتد).

(2) هذا أحد الطريقين في المسألة.
الطريق الثاني ـ وهو الصحيح عند الشيرازي ـ في المسألة قولان:
أحدهما: لا يجب الضمان، وهو الأظهر عند البعض.
الثاني: يجب الضمان.
انظر: حلية العلماء 7/ 629 ـ 630، وروضة الطالبين 10/ 57، والمهذب 2/ 224.

(3) (أحد) ساقط من /أ.

(4) سبق ذكر القولين في المسألة السابقة. انظر ص: 470 هامش (3).

(5) في /أ: (إنما يقاتلونا).

(6) هذا على القول بأنه يشترط أن يكون لهم إمام منصوب.
أما إذا قلنا: بالقول الثاني ـ وهو عدم الاشتراط ـ فثبت لهم أحكام البغي. والقول الثاني: أصح.
انظر: روضة الطالبين 10/ 52، ومغني المحتاج 4/ 124.

(7) في /ج: (أو الشوكة).

(8) في /ج: (وقد ارتد) والصواب ما أثبت.

(9) انظر هذا الفرق في: السلسلة خ. ورقة: 155 ـ ب.

(10) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(11) في /أ: (لم يلتزمون).

(12) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(13) في /أ: (منه).

[**مسألة (673)**: إذا استعان أهل البغي بأهل الذمة على الفئة][1] العادلة فأعانوهم جاهلين وقالوا: ظننا أن طائفة من المسلمين إذا حملتنا على طائفة حل لنا قتالهم، كما يحل قتال[2] المحاربين[3] فجميع ما أتلفه[4] أهل الذمة من مال أهل العدل، فعليهم ضمانه، وإن أتلفوه في حالة القتال[5]، وقد أسقطنا الضمان عن الباغين[6] المسلمين فيما أتلفوا في حالة القتال على أحد القولين[7].

(276/أ) والفرق / بين الفريقين أن المسلمين الذين بغوا: هم الذين أمر الله تعالى بالإصلاح بينهم وبين العادلين في قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا﴾[8] الآية، فذكر الإصلاح آخراً كما ذكر الإصلاح أولاً ولم يذكر[9] تبعة[10] في دم، ولا مال، ولا يكاد يتكامل مقصود الصلح مع طلب الضمان.

وأما أهل الذمة فما أمرنا بالإصلاح بينهم وبين المسلمين العادلين، وأمانهم لم ينقض مع جهالتهم حتى يلتحقوافي سقوط الضمان بأهل الحرب[11]، فصاروا مؤاخذين بمقتضى ذمتهم؛ فلذلك ألزمناهم الغرامة.

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(2) (قتال) ساقط من /أ.

(3) في /أ: (المحتاربين).

(4) في /ج: (ما أتلف).

(5) انظر: روضة الطالبين 10/ 61 ـ 62، والحاوي كتاب «قتال أهل البغي» /147، 149، ومغني المحتاج 4/ 128 ـ 129.

(6) في /أ: (الباغيين).

(7) تقدم ذكر القولين. انظر ص: 470 ت: 3.

(8) تمام الآية: ﴿فَإِنۢ بَغَتْ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى ٱلْأُخْرَىٰ فَقَـٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ ۚ فَإِن فَآءَتْ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا بِٱلْعَدْلِ وَأَقْسِطُوٓا۟ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ۝٩﴾ الحجرات.

(9) في /أ: (ويذكر).

(10) في /أ: (معه).

(11) هذا هو المذهب.
وقيل في انتقاصه: قولان.
انظر: روضة الطالبين 10/ 61، ومغني المحتاج 4/ 129.

كتاب المرتد

مسألة (674): المولود على الفطرة إذا بلغ، فعبر عقيب البلوغ بعبارة الكفر قبل أن يعبر بعبارة الإسلام كان مرتداً يستتاب[1] فإن تاب وإلا قتل[2].

والمولود على غير الفطرة إذا أسلم أحد أبويه، فحكمنا بإسلامه قبل بلوغه، فلما بلغ عبر بعبارة الكفر عقيب البلوغ قبل أن يعبر بعبارة الإسلام جعلناه كافراً أصلياً على أحد القولين، ولم نجعله مرتداً[3].

والفرق بينهما: أن المولود الأول لم يثبت له حكم الكفر في الأصل حتى يستديم ذلك الأصل بعد البلوغ، ولكنه ثبت له حكم الإسلام في أول حاله، فإذا بلغ وأعرب عن نفسه بعبارة الكفر كانت هذه العبارة أول كفر ثبت له بعد الإسلام، فحكمنا له[4] بالارتداد.

وأما المسألة الثانية، فليست كذلك، وذلك أنه ولد على الكفر، فثبت له أصله، ولم يثبت أصلاً في الإسلام وإنما صار تبعاً، وعبارته بعد البلوغ أصل بنفسه لا تبعاً[5]، فغلبنا حكم الأصل[6] على التبعية، ورددناه[7] في حكم الكفر إلى ما كان من قبل.

---

(1) (يستتاب) ساقط من / أ.

(2) في / ج: (وألا يقتل).
انظر: مغني المحتاج 2/ 423، وروضة الطالبين 5/ 430، ونهاية المحتاج 5/ 456.

(3) والمشهور: أنه مرتد.
انظر: المراجع السابقة.

(4) (له) ساقط من / ج.

(5) في / أ: (لا تبع).

(6) في / ج: (الاسلام).

(7) في / ج: (ورددنا).

فإن قيل: فالكافر الأصلي إذا أسلم، ثم ارتد فأصله الكفر، فهلا رددته بالارتداد إلى ذلك الأصل حتى نقرره بالجزية على الكفر؟.

قلنا: إن الكافر الأصلي لما أسلم صار أصلاً في الإسلام لا تبعاً، فلما ارتد غلبنا أصل الإسلام، فطالبناه بمعاودته، أو قتلناه إن لم يعاود، وهذا[1] المولود على الكفر ما كان قط أصلاً في الإسلام بنفسه[2].

فإن قيل: ما بالك قسمت المولود قسمين: مولود يولد على الفطرة، ومولود لا يولد على الفطرة[3]، وقد قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه،/ أو ينصرانه، أو يمجسانه»[4]. (276/ب)

قلنا: مرادنا بتقسيمنا: حكمنا لأحدهما بالإسلام، وللثاني[5] بالكفر، ومراد رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم بيان أصل الخلقة[6]، ولا خلاف[7] بين العلماء[8] مع هذا الخبر أن أولاد اليهود والنصارى والمجوس غير مرتدين، ولكنهم كفار أصليون[9].

مسألة (675): إذا ارتدت المرأة وهي حبلى، ثم وضعت ولداً فذلك الولد معصوم عن السبي والاسترقاق[10].

---

(1) في /ج: (هذا) بسقوط الواو قبلها.
(2) في /ج: (لنفسه).
(3) في /أ: (ومولود يولد على الكفر).
(4) أخرجه البخاري في كتاب «الجنائز» باب «ما قيل في أولاد المشركين» حديث (139)، ومسلم في كتاب «القدر» باب «معنى كل مولود يولد على الفطرة وحكم موت أطفال الكفار وأطفال المسلمين» حديث (2658).
(5) في /ج: (والثاني).
(6) انظر: فتح الباري 3/ 250، ومعالم السنن في هامش سنن أبي داود 5/ 87.
(7) في /ج: (فلا خلاف).
(8) في /أ: (من العلماء).
(9) انظر: روضة الطالبين 10/ 78.
(10) انظر: روضة الطالبين 10/ 77، ومغني المحتاج 4/ 142، ونهاية المحتاج 7/ 420.

وإذا ارتدت، ثم علقت بولد فولدته ففي استرقاقه قولان: أحدهما: أنه ممنوع كالمسألة الأولى، والثاني: استرقاقه مباح[1].

والفرق بين المولودين: أن العلوق بالولد الأول كان في حالة الإسلام، فلما ارتدت الأم لم[2] ينتشر حكم ارتدادها[3] إلى الطفل، وبقي الطفل مسلماً، كما كان.

فأما إذا ارتدت، ثم حبلت فهذا الولد: وُلِد وكان[4] أول العلوق به على الشرك لا[5] على الإسلام، فألحقناه بالكفار الأصليين[6].

فإن قيل: هلا جعلته[7] كأمه حتى لا يجوز [استرقاقه، كما لا يجوز][8] استرقاقها[9]؟.

قلنا: إن الأم قد ثبت لها بنفسها حكم الإسلام قبل ذلك، فإذا ارتدت كانت الغلبة للأصل السابق.

فأما هذا الولد، فلم يثبت له حكم أصل الإسلام بنفسه ولا بغيره؛ لأن العلوق به على شرك[10] سابق مقترن بأول الفطرة[11].

---

(1) والقول الأول أصح.
انظر: المعاياة.خ. ورقة: 163 ـ أ، وحلية العلماء 7/630، والحاوي كتاب «المرتد» / 109 ـ 111.
(2) (لم) ساقط من / ج.
(3) في / ج: (الارتدادها).
(4) في / ج: (فهذا الولد ولد كان).
(5) (لا) ساقط من / أ.
(6) في / أ: (وألحقناه بالكافر الأصلين).
(7) في / ج: (فهلا جعلتموه).
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(9) المرتد لا يجوز استرقاقه بلا خلاف، تغليباً لما تقدم من حرمة إسلامه.
انظر: حلية العلماء 7/630، والحاوي «كتاب المرتد» / 95، مغني المحتاج 4/142.
(10) في / أ: (على شرط).
(11) في / أ: (الفطر).

فإن قيل: أليس[1] إذا أسلمت المشركة وهي حبلى استتبعت ولدها [في الإسلام فهلا قلتم إذا ارتدت الحبلى استتبعت ولدها][2] في الارتداد؟.

قلنا: لأن الإسلام يعلو ولا يعلى[3]، وهو[4] أعلى[5] الملل، فانتشر حكمه إلى الولد سواء[6] كان الولد في البطن، أو لم يكن في البطن وكان منفصلاً إذا لم يكن بالغاً.

فأما إن ارتدت وفي بطنها ولد علقت به في حال الإسلام، فلو جعلنا الولد مرتداً بارتدادها جعلنا الكفر في الاستتباع والانتشار بمنزلة الإسلام، وذلك محال.

مسألة (676): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: إن ارتد سكران[7]، فمات كان ماله فيئاً، ولا يقتل إذا لم يتب[8] حتى يمتنع مفيقاً[9].

فظاهر[10] هذا الكلام أنه جعل ردته في حالة الإسكار[11]، ولم يجعل توبته فيه توبة، ألا تراه أمرنا باستتابته مفيقاً. وادعى المزني على أصل الشافعي ـ رحمه الله ـ

(1) (أليس) ساقط من / أ.
(2) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
وانظر: مغني المحتاج 4/ 423، وروضة الطالبين 5/ 430.
(3) في / ج: (ولا يعلا).
وهذا حديث سبق تخريجه.
انظر ج2 ص 81.
(4) في / أ: (وهذا).
(5) في / ج: (على).
(6) في / ج: (وسوا).
(7) في / أ: (سكراناً).
(8) في / أ: (إذا لم يثبت).
(9) المزني / 260، وانظر: الأم 6/ 158.
(10) في / ج: (وظاهر).
(11) في / ج: (السكر).

هذا مذهباً[1]، فمن أصحابنا من يسلم له[2]، ومنهم[3] من لا يسلم له ويحكم بصحة توبته وإسلامه إن عاد[4] إلى كلمة الإسلام في حالة السكر[5]، ولكن لا بد مع[6] هذا النص من فرق؛ لأنه نص عليهما معاً.

والفرق: أن الارتداد إقدام على أعظم المعاصي،/ ولا منافاة[7] بين العصيان (277/أ) والعصيان، فلا منافاة[8] بين السكر والارتداد، فأما[9] التوبة فصحتها[10] بالندم[11]، قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «الندم توبة»[12]، وهذا[13] لا يكاد يتحقق من السكران، وإنما يتحقق ممن يتصور له القصد[14] الكامل، فلذلك

---

(1) انظر: مختصر المزني / 260، والحاوي «كتاب المرتد» 127.

(2) ومنهم أبو علي بن أبي هريرة، وابن الصباغ.
انظر: الحاوي كتاب «المرتد» / 124، وروضة الطالبين 10/ 71 ـ 72.

(3) (منهم) ساقط من / ج.

(4) في / أ: (وان عاد).

(5) في / أ: (في حالة الارتداد).
وممن ذهب إلى ذلك أبو اسحاق المروزي. وهذا هو الظاهر من المذهب، وعليه جمهور الأصحاب.
انظر: الحاوي كتاب «المرتد» / 124، 126.

(6) في / أ: (ولكن يدفع).

(7) في / ج: (فلا منافاة).

(8) في / ج: (ولا منافاة).

(9) في / ج: (وأما).

(10) في / ج: (فصحها).

(11) في / أ: (الندم).

(12) أخرجه ابن ماجة في كتاب «الزهد» باب «ذكر التوبة» حديث (4252) وأحمد في المسند 6/ 264، والحاكم في المستدرك 4/ 243. وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذه اللفظة. ووافقه الذهبي.

(13) في / ج: (وهكذا).

(14) في / ج: (العقد).

جعل الشافعي ـ رحمه الله ـ زمان الإفاقة زمان الاستتابة[1]، إما[2] وجوباً، أو استحباباً[3].



(1) في /أ: (زمان الاستعانة).
(2) (أما) ساقط من /ج.
(3) أمر الشافعي ـ رحمه الله ـ بتأخير التوبة إلى حال صحوه، فاختلف الأصحاب في تأخيرها هل هو على الإيجاب أو الاستحباب؟.
على وجهين:
الوجه الأول: وهو قول أبي إسحاق المروزي ـ: أن تأخيرها استحباباً.
الوجه الثاني: أن تأخيرها إلى صحوه واجب.
انظر: الحاوي كتاب «المرتد» / 126 ـ 127، والمهذب 2/ 222، وتهذيب الأحكام. خ. ج4 ورقة: 99 ـ أ.

كتاب الحدود

مسألة (677): البالغ إذا أصاب زوجته الصغيرة حتى التقى الختانان فهذه الإصابة في حقه إصابة إحصان[1] [2]، وليست هذه الإصابة[3] في حقها إصابة إحصان على أحد الوجهين[4]، فلو بلغت فزنت

---

(1) الإحصان في اللغة: المنع.
وفي الشرع جاء بمعان: منها الإسلام، ومنها البلوغ.
ومنها: العقل، وقيل كل منها في قوله تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ﴾ النساء جزء من آية (25).
ومنها أن الإحصان ورد بمعنى الحرية، ومنه قوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ النساء جزء من آية (25).
ومنها: أنه ورد بمعنى العفة: ومنه قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ النور جزء من آية (4).
ومنها: أنه ورد بمعنى التزويج، ومنه قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ النساء جزء من آية (24).
ومنها: أنه ورد بمعنى الوطء، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾ النساء جزء من آية (24).
والمراد به هنا: وطء المكلف الحر في نكاح صحيح.
وقيل: هو الوطء في النكاح الصحيح. وبقية الشروط من شروط وجوب الرجم دون الاحصان.
انظر: لسان العرب 13/ 119، ومعجم مقاييس اللغة 2/ 69، وكفاية الأخيار 2/ 111، ومغني المحتاج 4/ 146، وحلية العلماء 8/ 8 ـ 9.

(2) انظر: الحاوي كتاب «الحدود» 1/ 155، وحلية العلماء 8/ 8-9، ومغني المحتاج 4/ 147.

(3) (هذه الاصابة) ساقط من / ج.

(4) وقطع الماوردي بذلك، وذكر القفال والشيرازي فيما إذا كان أحدهما غير بالغ قولين:
القول الأول: إن الكامل منهما محصن والناقص منهما غير محصن. قال الشيرازي: وهو الصحيح.
القول الثاني: إنه لا يصير واحد منهما محصناً.
انظر: الحاوي كتاب «الحدود» 1/ 155، وحلية العلماء 8/ 9، والمهذب 2/ 266-267.

فحدها[1] حد الأبكار[2]، وكذلك البالغ العاقل[3] يصيب زوجته [المجنونة، ثم تفيق من جنونها، وكذلك الحر يصيب زوجته][4] المملوكة، ثم تعتق، فهو بهذه الإصابة محصن[5] وهي غير محصنة بها[6].

والفرق بين الزوجين: أن الزوج إذا أصابها[7] كان موصوفاً بأنه لا يجهل موقع[8] نعمة الله عليه[9] ولا يخفى على العاقل ذلك، والإحصان[10] استجماع فضل الله[11] ونعمه.

فأما الصغيرة والمعتوهة، فهما غير موصوفتين بأنهما عارفتان بمواقع فضل الله ونعمه[12] عليهما.

فأما المملوكة فإنها ناقصة بنقصان الرق في[13] زمان الإصابة ونقص الرق

---

(1) في /أ: (حدها).

(2) على أصح الوجهين.
الوجه الثاني: أن حدها حد الثيب.
انظر: الحاوي كتاب «الحدود» 1/ 155، والمهذب 2/ 266، وروضة الطالبين 10/ 86.

(3) في /ج: (العاقل البالغ).

(4) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(5) في /ج: (فهو محصن بهذه الاصابة).

(6) وأجرى فيهما الشيرازي، والقاضي أبو الطيب الطبري القولين السابقين فيما إذا كان أحدهما غير بالغ.
انظر: المهذب 2/ 266 - 267، وحلية العلماء 8/ 9 ـ 10، والحاوي كتاب «الحدود» 1/ 155.

(7) في /أ: (والفرق بين الزوجين حين أصابها).

(8) (موقع) ساقط من /أ.

(9) (عليه) ساقط من /أ.

(10) في /أ: (الاحصان) بسقوط الواو قبلها.

(11) في /أ: (استجماع شرائط فضل الله).

(12) (ونعمه) ساقط من /أ.

(13) (في) ساقط من /أ.

مما[1] ينافي الإحصان، فلم يتعلق بتلك الإصابة من حكم الإحصان ما يتعلق[2] بإصابتها في حال حريتها.

مسألة (678): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لا يقام حد الجلد على الحبلى[3] ولا على المريض المدنف، ولا في يوم حر، أو برد[4] مفرط، ولا في أسباب التلف»[5] فإن فعل من ذلك شيء فأدى إلى التلف، فقد حكم الشافعي بأن لا غرامة عليه[6].

وقال في موضع آخر: «إذا بلغ رجل أغلف فختن نفسه فبها ونعمت، وإن امتنع ختنه الإمام، ولا يختنه في حر أو برد مفرط فإن فعل فمات المختون فديته على عاقلة الإمام»[7].

والفرق بين المسألتين: أن إقامة الحدود واستيفاءها[8] إلى الإمام وإلى ولاته[9]،

(1) (ونقص الرق مما) ساقط من /أ.
(2) في /أ: (ما يعلق).
(3) في /أ: (لا يقام الحد على الحبلى).
(4) في /أ: (ولا في يوم برد).
(5) المزني /261، وانظر: الأم 6/ 150.
(6) قال الشافعي: «ولو ضرب امرأة حداً فأجهضت لم يضمنها» أ. هـ.
المزني /266، وانظر: المهذب 2/ 271، وروضة الطالبين 10/ 101.
(7) انظر: مختصر المزني /267.
واختلف الأصحاب في هذين النصين على طريقين:
الطريق الأول: نقل جواب كل مسألة إلى الأخرى، وجعلهما على قولين:
القول الأول: أنه لا يجب الضمان.
القول الثاني: أنه يجب الضمان.
الطريق الثاني: تقرير النصين وإيجاد الفرق بينهما. وهو الأصح.
انظر: روضة الطالبين 10/ 101، والمهذب 2/ 271، والحاوي كتاب «الحدود» 3/ 1207 ـ 1208، وتهذيب الأحكام.خ. جـ 4. ورقة: 107 ـ أ.
(8) في /أ: (واستيفائها)، وفي /جـ: (واستيفاؤها) والصواب ما أثبت.
(9) في /أ: (وإلى ولايته).

لا يستوفيها أحد سواه، ولو استوفى غير السلطان حداً لم نسمه حداً، فإذا أقام الحد فمات المحدود فالحق قتله ولا غرم.

وهذا معنى[1] قول أمير المؤمنين علي ـ رضي الله عنه ـ: «لا أوتي[2] برجل فأقيم عليه حداً[3] فيموت فأجد في نفسي منه شيئاً الحق قتله إلا شارب الخمر فإنه شيء رأيناه بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم»/ [4]. (277/ب)

وأما الختان فغير مفوض إلى السلطان وولي ولايته[5]. ولكنه واجب على كل من بلغ في نفسه[6]، فإذا باشره الإمام فالشرط سلامة العاقبة، فإذا لم تسلم وجب الضمان، ومتى ما ختنه وفي الهواء شدة برد أو شدة حر[7] كان مفرطاً بما فعل، ولو أنه عزر رجلاً وانتسب إلى التفريط في التعزير فإن أدى إلى التلف وجب عليه الضمان[8]، فكذلك في هذا الموضع.

---

(1) في /أ: (وهذا المعنى).

(2) في /أ: (وأتى).

(3) في /أ: (الحد).

(4) أخرجه البخاري ومسلم من حديث عمير بن سعيد النخعي قال: سمعت علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ قال: ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت فأجد في نفسي إلا صاحب الخمر فإنه لو مات وديته وذلك أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم؛ لم يسنه واللفظ للبخاري.

انظر: صحيح البخاري كتاب «الحدود» باب «الضرب بالجريد والنعال» حديث (7)، وصحيح مسلم كتاب «الحدود» باب «حد الخمر» حديث (1707).

(5) في /أ: (وإلى وليه).

(6) في /أ: (من نفسه).

والختان واجب في الرجال والنساء على الصحيح من المذهب.

انظر: روضة الطالبين 10/ 180، ومغنى المحتاج 4/ 203.

(7) في /أ: (شدة برداده شدة حر).

(8) في /ج: (وجب عليه ضمانه).

وانظر: روضة الطالبين 10/ 177، ومغني المحتاج 4/ 199، والمهذب 2/ 289.

مسألة (679): إذا أقر على نفسه بحد من حدود الله عز وجل، ثم رجع عن إقراره سقط الحد[1].

ولو أقر بحد قذف[2]، أو حق من حقوق الآدميين، ثم رجع لم ينفعه رجوعه، ولم يسقط عنه بالرجوع ما ثبت[3] بالإقرار[4].

والفرق: أن حدود الله تعالى أسرع سقوطاً وأبطأ وجوباً من حقوق الآدميين؛ ولذلك كان رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يعرض في الحدود فيقول: «ما إخالك سرقت»[5].

ولذلك[6] يؤخر قطع السارق زمان الحر الشديد والبرد الشديد[7]، ولا يؤخر القصاص في الأطراف، كما يؤخر قطع السارق[8]، ومبنى حقوق الآدميين على

---

(1) انظر: المنثور في القواعد 2/ 59، وروضة الطالبين 10/ 95، والحاوي «كتاب الحدود» 1/ 210، ومغني المحتاج 4/ 150.

(2) في /أ: (القذف).

(3) في /ج: (ما وجب).

(4) انظر: المنظور في القواعد 2/ 59، والحاوي كتاب «الحدود» 1/ 211، والمهذب 2/ 345.

(5) في /أ: (سرقل سرقت)، وفي /ج: (أسرقت)، وقد أثبت اللفظة الأخيرة من /أ.
والحديث أخرجه أبو داود، وابن ماجة، والدارمي، وأحمد والبيهقي من طريق أبي المنذر مولى أبي ذر عن أبي أمية المخزومي أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: أتي بلص قد اعترف اعترافاً ولم يوجد معه متاع، فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «ما إخالك سرقت» قال: بلى فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً فأمر به، فقطع وجيء به، فقال: «استغفر الله وتب إليه». فقال: أستغفر الله وأتوب إليه، فقال: «اللهم تب عليه ثلاثاً». واللفظ لأبي داود.
قال الخطابي: وفي إسناد هذا الحديث مقال.
انظر: سنن أبي داود كتاب «الحدود» باب «التلقين في الحد» حديث (4380)، وسنن ابن ماجة كتاب «الحدود» باب «تلقين السارق» حديث (2597)، وسنن الدارمي كتاب «الحدود» باب «المعترف بالسرقة» / 569، ومسند الإمام أحمد 5/ 293، وسنن البيهقي 8/ 276، وتلخيص الحبير 4/ 66.

(6) في /ج: (وكذلك).

(7) انظر: روضة الطالبين 10/ 101، ومغني المحتاج 4/ 155.

(8) انظر المرجعين السابقين.

نوع من المضايقة والمشاحة، ومبنى حقوق الله سبحانه على الضد من ذلك، والذي يوضح ذلك: أن التوبة[1] بعد الوجوب لا تسقط شيئاً من عقوبات الآدميين[2]، وربما سقط حق الله تعالى بالتوبة، وذلك أحد القولين[3].

مسألة (680): إذا التقى حقان من حقوق الأموال[4]، أحدهما لله، والآخر[5] للآدمي[6] فأصح القولين ـ إن شاء الله ـ: تقديم حق الله تعالى على حقوق الآدميين[7].

فإذا اجتمع في المفصل[8] الواحد عقوبتان، أحدهما: قصاص في اليد[9] لآدمي[10]، والآخر: قطع في السرقة[11] قطعنا يده في القصاص، واندرج حق[12] القطع في السرقة[13] تحته ولا تقطع يده في السرقة[14].

(1) في /أ: (ومعلوم أن التوبة).
(2) في /ج: (الادمين).
وانظر: المنثور في القواعد 2/ 425، ومغني المحتاج 4/ 184.
(3) والقول الثاني: أنها لا تسقط. وهو الأصح.
انظر: المنثور في القواعد 2/ 426، ومغني المحتاج 4/ 184.
(4) (من حقوق الأموال) ساقط من /أ.
(5) في /ج: (وللآخر).
(6) كأن يموت شخص وعليه زكاة ودين لآدمي.
(7) القول الثاني: تقديم حق الآدمي لبنائه على المشاحة.
وفيه قول ثالث: أنهما يتساويان.
انظر: المنثور في القواعد 2/ 65، وقواعد الأحكام 1/ 148، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الأول 2/ 494.
(8) في /أ: (في الفصل).
(9) (في اليد) ساقط من /ج.
(10) في /ج: (الآدمي).
(11) في /ج: (قطع يد السارق).
(12) (حق) ساقط من /ج.
(13) في /ج: (قطع السرقة).
(14) انظر: مغني المحتاج 4/ 176، وروضة الطالبين 10/ 150، وقليوبي وعميرة 4/ 198.

والفرق بين المسألتين: أن العقوبات التي هي حدود لله . تعالى . وحقوقه فإنها مبنية على ما ذكرنا من تغليب الإسقاط ومنع الوجوب، فإذا اجتمعت العقوبات كانت عقوبات الآدميين[1] أولى بالتقديم.

فأما ما كان من الحقوق المالية المضافة إلى الله تعالى فلا يجوز تغليب الإسقاط، وقد قال ـ عليه السلام ـ: «فاقضوا لله فالله أحق بالقضاء»[2]، وكل مال مضاف إلى الله تعالى[3] ففيه مع حق الله حق الآدميين[4]؛ فلذلك[5] جعلناه أولى بالتقديم على أحد القولين.

ولو أن رجلاً أقر على نفسه بين يدي السلطان بزكاة واجبة في الأموال الظاهرة،/ ثم رجع عن ذلك الإقرار لم ينفعه رجوعه، ولم تسقط تلك الزكاة[6]، (278/أ) كما تسقط حدود الله تعالى بالرجوع عن الإقرار[7].

(1) في / ج: (الآدمين).

(2) أخرجه البخاري من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ قال: «أتى رجل النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقال له: إن أختي قد نذرت أن تحج وإنها ماتت، فقال النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: لو كان عليها دين أكنت قاضيه؟ قال: نعم! قال: فأقض الله فهو أحق بالقضاء».
وأخرجه مسلم من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس قال: جاء رجل إلى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقال: يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم شهر. أفأقضيه عنها؟ فقال: «لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها؟ قال: نعم، قال: فدين الله أحق أن يقضى».
انظر: صحيح البخاري كتاب «الأيمان» باب «من مات وعليه نذر» حديث (73)، وصحيح مسلم كتاب «الصيام» باب «قضاء الصيام عن الميت» حديث (1148).

(3) (إلى الله تعالى) ساقط من / ج.

(4) في / ج: (الأدمين).

(5) في / ج: (ولذلك).

(6) وذكر السيوطي ضابطاً لذلك فقال: «كل من أقر بشيء، ثم رجع لم يقبل إلا في حدود الله تعالى» ا. هـ الأشباه والنظائر / 465، وانظر: المهذب 2/ 345، والمواكب العلية / 33.

(7) تقدم ذكر ذلك.
راجع ص: 483.

مسألة (681): المستحب للسلطان التعريض بما يمنع وجوب الحد[1]، كما قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «ما إخالك سرقت»[2]، فإذا أقر بالسرقة فلا يحل التعريض بالرجوع عن الإقرار، وإن كان الرجوع سبب السقوط[3].

والفرق بين الحالتين: أن الحالة الأولى حالة عدم الوجوب، والاجتهاد فيها يمنع الوجوب استصحاباً للأصل السابق وذلك حسن، وفيه قدوة برسول الله صلى الله عليه وسلم، فأما إذا سبق الإقرار، فقد تقدم الوجوب، وإذا تحقق وجوب حد الله تعالى وجب على السلطان الاشتغال بأسباب الاستيفاء، لا بأسباب الإسقاط؛ ولذلك قال ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «تعافوا الحدود فيما بينكم فما رفعتموه إلي

---

(1) انظر: المهذب 2/ 345، والحاوي كتاب «الحدود» 2/ 769، وروضة الطالبين 10/ 145.

(2) تقدم تخريج الحديث في ص: 483.

(3) على أحد الأوجه.

الوجه الثاني: له أن يعرض بالرجوع وهو الصحيح، لحديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ قال: لما أتى ماعز بن مالك إلى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال له: لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت. قال: لا يا رسول الله. قال: أنكتها؟ لا يكنى قال فعند ذلك أمر برجمه. رواه البخاري.

وفي مسلم عن جابر بن سمرة قال: رأيت ماعز بن مالك حين جيء به إلى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ رجل قصير أعضل ليس عليه رداء، فشهد على نفسه أربع مرات أنه زنى، فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: فلعلك؟ قال: لا. والله إنه قد زنى الآخر. قال فرجمه.

الوجه الثالث: إن لم يكن عالماً بجواز الرجوع عرض له، وإلا فلا.

انظر: روضة الطالبين 10/ 145، ومغني المحتاج 4/ 175 . 176، ونهاية المحتاج 4/ 175 ـ 176، وصحيح البخاري كتاب «الحدود» باب «هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست أو غمزت» حديث (21)، وصحيح مسلم كتاب «الحدود» باب «من اعترف على نفسه بالزنا» حديث (1692).

فقد وجب»[1]، وما عرض رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قط بعد الوجوب[2]؛ ولهذا غلظ[3] القول في المخزومية[4] لما شفع[5] فيها[6] أسامة بن زيد، فقال: «أتشفع في حد من حدود الله تعالى، والله لو سرقت فاطمة[7]

(1) أخرجه أبو داود في كتاب «الحدود» باب «العفو عن الحدود ما لم تبلغ السلطان» حديث (4376).
والنسائي في كتاب «قطع السارق» باب «ما يكون حرزاً وما لا يكون» حديث (4538، 4539).
والحاكم في المستدرك 4/ 383، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي.
والدارقطني في كتاب «الحدود» 3/ 113.

(2) بل ثبت في بعض روايات حديث ماعز أنه عرض بعد الوجوب وهي رواية متفق عليها سبق ذكرها في تعليق: (3).

(3) في / ج: (وأغلظ).

(4) (المخزومية) ساقط من / أ.
والمخزومية قيل هي: فاطمة بنت أبي الأسد أو أبي الأسود بن عبد الأسد وهي ابنة أخي أبي سلمة بن عبد الأسد المخزومي، أسلمت وبايعت، قطع النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ يدها لما سرقت.
وقيل: إن المخزومية هي: أم عمرو بنت سفيان بن عبد الأسد المخزومية أمها بنت عبد العزى بن أبي قبيس من بني عامر بن لؤي وكان حويطب ابن عبد العزى خالها، وهي أخت عبدالله بن سفيان. سرقت في حجة الوداع وقطع النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ يدها، ورجح ابن الأثير القول الأول، وكذلك ابن حجر وقال: إن قصة فاطمة بنت الأسود كانت عام الفتح، وقصة أم عمرو بنت سفيان كانت في حجة الوداع فظهر تغاير القصتين وأن بينهما أكثر من سنتين.
انظر: الإصابة 4/ 380، 480، وأسد الغابة 5/ 518، والاستيعاب 4/ 386، وفتح الباري 12/ 88 ـ 89.

(5) في / ج: (تشفع).

(6) (فيها) ساقط من / ج.

(7) هي فاطمة بنت رسول الله محمد ـ صلى الله عليه وسلم ـ أمها خديجة بنت خويلد وكانت هي وأم كلثوم أصغر بنات النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ وكانت فاطمة أحبهن إليه. ولدت والكعبة تبنى، والنبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ ابن خمس وثلاثين سنة، وقيل=

لقطعتها»[1].

مسألة (682): التعريض بأسباب السقوط ممنوع بعد الوجوب[2]، كما ذكرناه[3] فإن ظهر من ذلك المحدود ما يدل على أنه بنفسه ربما يتسبب[4] إلى السقوط فمساعدته وموافقته على ذلك غير ممنوع، بل هو مندوب إليه[5].

=ولدت سنة إحدى وأربعين من مولد النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ زوجها النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ من علي بن أبي طالب بعد موقعة أحد، وقيل: إنه تزوجها بعد أن ابتنى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ بعائشة بأربعة أشهر ونصف، وكان سنها يوم تزويجها خمس عشرة سنة وخمسة أشهر ونصف، وولدت له الحسن والحسين وأم كلثوم وزينب، ولم يتزوج علي عليها غيرها حتى ماتت. وتوفيت بعد رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ بستة أشهر، وقيل: بثلاثة أشهر، وقيل: عاشت بعده سبعين يوماً. قال ابن الأثير: الأول أصح ما قيل.

انظر: الاصابة 4/ 377، والاستيعاب 4/ 373، وأسد الغابة 5/ 519، وتهذيب الأسماء واللغات 2/ 352.

(1) ولفظ الحديث عن عروة عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن قريشاً أهمتهم المرأة المخزومية التي سرقت، فقالوا: «من يكلم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ومن يجترىء عليه إلا أسامة حب رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فكلم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقال: أتشفع في حد من حدود الله، ثم قام، فخطب، قال: يا أيها.الناس إنما ضل من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها».

أخرجه البخاري ـ واللفظ له ـ في كتاب «الحدود» باب «كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع إلى السلطان» حديث (17)، ومسلم في كتاب «الحدود» باب «قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود» حديث (1688).

(2) في /جـ: (بعد الوجوب ممنوع).

(3) في /جـ: (ذكرنا).

وراجع: المسألة السابقة.

(4) في /أ: (ينسب).

(5) انظر: روضة الطالبين 10/ 145، والمهذب 2/ 345.

والفرق بين الحالتين: أن ذلك الشخص إذا ظهر منه ما يحتمل أن يكون من أسباب السقوط لم تكن[1] موافقتك إياه ابتداء إسقاط منك أو اشتغال بأسباب السقوط، وإنما الابتداء منه، وهو لو رجع من غير تعريض سقط الحد، فإذا فعل ما يجوز أن يكون مقدمة الرجوع أو مقدمة التوبة[2] حسن التوقف والتأخير[3].

فأما إذا[4] لم يظهر منه سبب من أسباب قصد الإسقاط فلا يجوز للإمام أن يبتدىء من جهة نفسه ويشتغل[5] بحيلة الإسقاط، وإنما يبين[6] هذا الفعل سنة[7] رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ في ماعز[8] وذلك أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ما ندبه إلى التوبة بعد تمام إقراره، ولا عرض بها، ثم لما رموه بالحجارة هرب فاتبعوه يرمونه[9] فأدركه رجل بلحى[10] جمل فأثبته، فلما رجعوا إلى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فأخبروه بصنيعهم وصنيعه قال: «هلا رددتموه إلي لعله

---

(1) في /أ: (ولم تكن).
(2) في /أ: (مقدمة للرجوع أو مقدمة للتوبة).
(3) في /أ: (والتأخر).
(4) في /ج: (فإذا).
(5) في /أ: (فيشتغل).
(6) في /ج: (وإنما يتبين).
(7) في /أ: (هذا الفصل لسنة).
(8) هو ماعز بن مالك الأسلمي. وقيل: إن اسمه غريب وماعز لقب، وهو معدود في المدنيين، كتب له النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ بإسلام قومه، وهو الذي اعترف بالزنا تائباً منيباً وكان محصناً فرجم رضي الله عنه.
انظر: الاصابة 3/ 337، والاستيعاب 3/ 438، وأسد الغابة 4/ 270، وتهذيب الأسماء واللغات 2/ 75.
(9) في /أ: (فرموه).
(10) (بلحى) ساقط من /أ.
اللحى: عظم الحنك وهو الذي عليه الأسنان.
انظر: لسان العرب 15/ 243، والمصباح المنير / 551.

(278/ب) يتوب»[1] فندبهم إلى الرد/ إليه طمعاً في التوبة لما ظهر منه الهرب والامتناع، وذلك من أسباب قصد السقوط، وقبل هذه الحالة لم يكن هذا الندب من رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ كما كان في هذه الحالة.

مسألة (683): شهود الإحصان يغرمون على أحد القولين[2] [3]، كما يغرم شهود

(1) أخرجه أبو داود من طريق يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه قال: كان ماعز بن مالك يتيماً في حجر أبي فأصاب جارية من الحي فقال له أبي: أئت رسول الله ـ ﷺ ـ فأخبره بما صنعت، لعله يستغفر لك وإنما يريد بذلك رجاء أن يكون له مخرجاً، فأتاه فقال: يا رسول الله إني زنيت فأقم عليّ كتاب الله فأعرض عنه، فعاد فقال: يا رسول الله إني زنيت فأقم عليّ كتاب الله، فأعرض عنه، فعاد فقال: يا رسول الله إني زنيت فأقم عليّ كتاب الله حتى قالها أربع مرار، قال ـ ﷺ ـ: إنك قد قلتها أربع مرات فمن؟ قال: بفلانة، فقال: هل ضاجعتها؟ قال: نعم، قال: هل باشرتها؟، قال: نعم، قال: هل جامعتها؟ قال: نعم، قال: فأمر به أن يرجم، فأخرج به إلى الحرة، فلما رجم فوجد مس الحجارة جزع فخرج يشتد فلقيه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فنزع له بوظيف بعير فرماه به فقتله، ثم أتى النبي ـ ﷺ ـ فذكر ذلك له فقال: هلا تركتموه لعله يتوب، فيتوب الله عليه».
وأخرجه الترمذي، وابن ماجة، والبيهقي من طريق محمد بن عمرو، عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: جاء ماعز إلى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ الحديث، وفيه: فلما وجد مس الحجارة فر يشتد حتى مر برجل معه لحى جمل فضربه به وضربه الناس حتى مات، فذكروا ذلك لرسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه فر حين وجد مس الحجارة ومس الموت، فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: هلا تركتموه. قال الترمذي: هذا حديث حسن وقد روي من غير وجه عن أبي هريرة...
وأخرجه الحاكم وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.
انظر: سنن أبي داود كتاب «الحدود» باب «رَجم ماعز بن مالك» حديث (4419)، وسنن الترمذي كتاب «الحدود» باب «ما جاء في درء الحد عن المعترف إذا رجع» حديث (1428)، وسنن ابن ماجة كتاب «الحدود» باب «الرجم» حديث (2553)، وسنن البيهقي 8/ 228، والمستدرك 4/ 363.

(2) في / أ: (على أحد القولين يغرمون).

(3) والأصح: أنهم لا يغرمون شيئاً؛ لأنهم لم يشهدوا بموجب عقوبة، وإنما وصفوه بصفة كمال.
انظر: مغني المحتاج 4/ 460، وروضة الطالبين 11/ 305، والحاوي كتاب «الحدود» 1/ 320، والسلسلة. خ. ورقة: 157 ـ أ.

الزنا[1]، وشهود النكاح لا يغرمون مع شهود الطلاق بل تختص الغرامة بشهود الطلاق إذا رجعوا عن الشهادة، هذا هو المذهب[2].

والفرق بين المسألتين[3]: إن الإحصان وإن كان شرطاً فإنه شرط شبيه بالعلة؛ لأن الله تعالى غلظ العقوبة على من[4] أجزل عليه النعمة، فصار تمام النعمة مع وجود الزنا، كالعلة الواحدة، وإن كان المحصن محلاً والزنا تعليلاً.

فأما النكاح فلا يكون علة في الطلاق ولا شبيهاً بالعلة، وإنما هو سبب محض، فلما لم[5] يأخذ مشابهة التعليل لم يجز إلحاقه بالعلة.

والصحيح: أن شهود التعليق وشهود وجود[6] الوصف إذا اجتمعوا انفرد[7] بالغرامة شهود تعليق الطلاق دون شهود وجود الوصف[8] لما ذكرنا: أن الاعتبار بعين[9] العلة، أو بما يشبه العلة[10] ظاهراً.

مسألة (684): إذا شهد شاهدان على رجل بأنه[11] زنا بفلانة وهي مطاوعة،

---

(1) انظر: روضة الطالبين 11/ 297، 306، ومغني المحتاج 4/ 456 ـ 457، والحاوي كتاب «الحدود» 1/ 313.

(2) انظر: روضة الطالبين 11/ 300 ـ 301، ومغني المحتاج 4/ 458 ـ 460.

(3) (بين المسألتين) ساقط من / ج.

(4) (من) ساقط من / أ.

(5) (لم) ساقط من / ج.

(6) في / أ: (وجوب).

(7) في / أ: (اتفردوا).

(8) في / أ: (الصفة).
وصورة المسألة: شهد شهود على رجل أنه علق طلاق زوجته على صفة، وشهد معهم شهود على وجود الصفة ثم رجعوا بعد نفوذ الطلاق.
فأصح الوجهين: أن شهود الوصف لا يغرمون، بل تختص الغرامة بشهود. الطلاق.
الوجه الثاني: أنهم يغرمون، لأن الطلاق وقع بقولهم.
انظر: مغني المحتاج 4/ 460، وقليوبي وعميرة 4/ 334، وروضة الطالبين 11/ 305.

(9) في / أ: (تعيين).

(10) في / أ: (وإنما شبيه العلة).

(11) في / أ: (أنه).

وشهد شاهدان[1] بأنه زنا وهي مستكرهة وجب حد الزنا على الرجل[2].

ولو شهد شاهدان أنه زنا بفلانة، وشهد آخران أنه زنا بأخرى فلا حد[3].

والفرق بين الاختلافين: أن الشهود في المسألة الأولى متصادقون على المحل الواحد، والفعل الواحد من جهته موصوفاً بصريح الزنا، وإنما اختلفوا في صفتها، فقال بعضهم: كانت مطاوعة، وقال بعضهم: كانت مستكرهة، فكان تأثير هذا الاختلاف في سقوط الحد عنها دونه.

فأما في المسألة الثانية فإنهم ما اتفقوا على الفعل الواحد؛ لأنهم لم يتفقوا على المحل الواحد، والفعل الواحد لا يتصور[4] في المحلين، وقد يتراءى لهما منهما[5] ما يشبه المطاوعة، ولغيرهما ما يشبه الاستكراه؛ فلذلك فصلنا بين المسألتين.

مسألة (685): حد الزنا على العبد والأمة خمسون جلدة، وذلك نصف حد الأحرار، ولم يختلف قول الشافعي ـ رحمه الله في ذلك[6].

---

(1) في / ج: (آخران).

(2) على أحد القولين.

القول الثاني: أنه لا يحد؛ لأن اختلاف الصفة كاختلاف المحل.

قال الشيرازي: والمذهب: أنه لا يحد. انظر: المهذب 2/ 338، وروضة الطالبين 10/ 98، والحاوي كتاب «الحدود» 1/ 306.

(3) لأن البينة لم تكمل على فعل واحد.

انظر: المهذب 2/ 338، ومختصر المزني / 261، 312، والأم 7/ 52.

(4) (لا يتصور) ساقط من / أ.

(5) (منهما) ساقط من / ج.

(6) انظر: الأم 6/ 155، ومختصر المزني / 261.

فأما التغريب ففي أصله على المماليك قولان[1]، فإذا غربناهم ففي قدره قولان:

أحدهما: أنه[2] سنة كاملة.

والثاني: نصف سنة[3].

وإنما فصلنا في أصل التغريب بين الجلد وبينه[4]؛ لأن منافع المماليك[5] ملك السادات/ وإنما فصلنا في القدر بين التغريب والجلد[6]؛ لأن ذلك **(279/أ)**

---

(1) اختلف قول الشافعي في تغريب المملوك على قولين:
القول الأول: أنه لا يغرب؛ لحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ: «أن رسول الله ـ ﷺ ـ سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن؟ فقال: إن زنت، فاجلدوها، ثم إن زنت، فاجلدوها، ثم إن زنت، فاجلدوها، ثم بيعوها ولو بضفير» رواه البخاري ومسلم. فلم يذكر النفي.
القول الثاني: أنه يغرب، وهو الصحيح لقوله تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ النساء جزء من آية (25). فكان على عمومه.
انظر: الأم 6/ 155، ومختصر المزني / 261، والحاوي كتاب «الحدود» 1/ 343، والمهذب 2/ 267، ومغني المحتاج 4/ 149، وصحيح البخاري كتاب «الحدود» باب: «إذا زنت الأمة» حديث (30) وصحيح مسلم كتاب «الحدود» باب «رجم اليهود أهل الذمة في الزنا» حديث (1703).

(2) (أنه) ساقط من / ج.

(3) في / ج: (السنة).
والقول الثاني: هو الأظهر لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ النساء جزء من آية (25).
انظر: المهذب 2/ 367، والحاوي كتاب «الحدود» 1/ 345 ـ 346، وروضة الطالبين 10/ 87، ومغني المحتاج 4/ 149.

(4) أي وبين التغريب.

(5) في / ج: (متاع التمليك).

(6) في / أ: (وإنما فصلنا في أصل التغريب بين الجلد وبينه بين القدر من التغريب والجلد).

للتعزير[1]، والجلد للإيجاع ردعاً وزجراً، وما كان للتعزير[2] فمرجعه إلى طباع النفوس، وهذا مما يستوي فيه الأحرار والعبيد؛ ولذلك سوينا بين الحرة[3] والأمة في مدة الإيلاء[4]، فكذلك سوينا بين الحر والعبد في مدة التغريب إذ أوجبنا عليهم التغريب.



(1) في /أ: (للتعبير).
(2) في /أ، ج: (للتعبير) والصواب ما أثبت، لأن القصد من التغريب: تعذيبه بالإخراج عن الأهل.
انظر: المهذب 2/ 267، ومغني المحتاج 4/ 149.
(3) في /أ: (ولذلك سوينا بين الحر والعبد في مدة التعيين وبين الحر).
(4) انظر: مغني المحتاج 3/ 348، 4/ 149، وقليوبي وعميرة 4/ 12.

كتاب السرقة

مسألة (686): إذا ملك عشرين ديناراً من تبر الذهب وجبت[1] الزكاة فيها، كما تجب في عشرين مثقالاً من الدنانير المضروبة، ولا خلاف في ذلك[2].

ولو سرق السارق ربع دينار من تبر الذهب غير مضروب لم تقطع يده إذا كانت[3] قيمته دون ربع دينار مضروب، عند كثير من أصحابنا[4].

والفرق بينهما: أن الزكاة في نصوص[5] الشريعة معلقة بالاسمين جميعاً.

ألا ترى أن الله تعالى لما ذكر الزكاة ذكر اسم الذهب والفضة ولم يذكر اسم الدنانير والدراهم، فقال[6]: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكۡنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلۡفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا[7] فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَبَشِّرۡهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٖ ﴿٣٤﴾﴾[8]. وقال رسول الله ـ ﷺ ـ: «من كان

---

(1) في /أ: (وجب).

(2) انظر: المجموع 6/6 ـ 7، 17، والشرح الكبير 6/2، 5.

(3) في /أ: (كان).

(4) وبه قال الاصطخري، وأبو علي بن أبي هريرة، والطبري وصححه إمام الحرمين. وقيل: إنه ينظر إلى الوزن، فيقطع، ولا حاجة لتقويمه لبلوغ عين الذهب قدر النصاب، كما في الزكاة.

انظر: روضة الطالبين 10/110، ومغني المحتاج 4/158، والحاوي كتاب «الحدود» 2/496 ـ 497.

(5) في /جـ: (من نصوص).

(6) في /جـ: (وقال في محكم كتابه).

(7) في /أ: (الذين يكنزون الذهب والفضة، ولم يذكر اسم الدنانير والدراهم فقال: ولا ينفقونها).

(8) التوبة جزء من آية (34).

له ذهب وورق[1] فلم يؤد زكاته صفحت له يوم القيامة صفائح من نار»[2]. وهذا الخبر تفسير الآية[3] وورد لفظ الدنانير في الزكاة أيضاً[4]، فسوينا بين المضروب وغير المضروب.

فأما السرقة فإنما ورد لفظ الدنانير، وهو ما روت عائشة[5] ـ رضي الله عنها ـ: أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: «القطع في ربع دينار»[6]، وفي رواية أخرى: «لا قطع إلا في ربع دينار»[7]، والدنانير اسم يطلق[8] على المضروب من الذهب ولا

---

(1) في /أ: (أو ورق).

(2) جزء من حديث أبي هريرة وهو حديث طويل أخرجه بهذا اللفظ: مسلم في صحيحه في كتاب «الزكاة» باب «اثم مانع الزكاة» حديث (987)، والبيهقي في كتاب «الزكاة» 4/ 82، 137.
وأخرجه أبو داود بلفظ قريب منه في كتاب «الزكاة» باب «في حقوق المال» حديث (1658).

(3) انظر: الجامع لأحكام القرآن 8/ 82 ـ 83، وفتح القدير 2/ 357 ـ 358.

(4) في حديث عاصم بن ضمرة والحارث الأعور عن علي ـ رضي الله عنه ـ عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: «فإذا كانت لك مائتا درهم وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم، وليس عليك شيء ـ يعني في الذهب ـ حتى يكون لك عشرون ديناراً فإذا كان لك عشرون ديناراً، وحال عليها الحول ففيها نصف دينار فما زاد، فبحساب ذلك» قال: فلا أدري أعلي يقول: فبحساب ذلك، أو رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم؟.
أخرجه أبو داود في كتاب «الزكاة» باب «زكاة السائمة» حديث (1573) والبيهقي في كتاب «الزكاة» 4/ 138.
قال الزيلعي في نصب الراية: «فالحديث حسن. قال النووي ـ رحمه الله في الخلاصة ـ: «وهو حديث صحيح، أو حسن» انتهى. ولا يقدح فيه ضعف الحارث لمتابعة عاصم له» أ.هـ نصب الراية 2/ 328.

(5) في /أ: (ما ورد عن عائشة).

(6) أخرجه البخاري في كتاب «الحدود» باب «قوله تعالى: والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما. وفي كم يقطع» حديث (19 ـ 20)، ومسلم في كتاب «الحدود» باب «حد السرقة ونصابها» حديث (1684).

(7) أخرج هذه الرواية مسلم في كتاب «الحدود» باب «حد السرقة ونصابها» حديث (1684)، وابن ماجة في كتاب «الحدود» باب «حد السارق» حديث (2585)، والبيهقي في كتاب «الحدود» 8/ 254.

(8) في /أ: (مطلق).

يطلق[1] على التبر[2].

واعلم أن الفرق من جهة المعنى يتعذر في مثل هذا الموضع، ولكن يحتمل أن يقال: إن[3] النصاب المذكور في السرقة من الذهب مذكور لنفسه، ولغيره، ومعنى قولنا: مذكور لنفسه[4] ولغيره: أن السارق[5] إذا سرق ثوباً، أو فضة، أو غيرها من الأموال وجب تقويم المسروق[6] بالذهب فإن[7] الذهب هو الأصل عندنا، وتقويم العروض يقع بالذهب المضروب لا بالتبر؛ فلذلك جعلنا المضروب أصلاً.

فأما الزكاة فهذا المعنى مفقود؛ لأن المضروب معتبر بنفسه، وكذلك غير المضروب، ولسنا نعتبر بهما[8] غيرهما حتى يعلق الحكم بالمضروب دون التبر.

وهذا الكلام في زكاة العين / فأما زكاة التجارة فربما تقوم فيها الدنانير المضروبة (279/ب) بالدراهم، وكذلك ربما يقوم تبر الذهب بالدراهم، والدراهم تصير أحياناً مقومة[9] بالدنانير، فإذا[10] جاءت حالة التقويم بالذهب، أو بالفضة فلا يقوم إلا بالمضروبة منهما.

مسألة (687): إذا قاد السارق بعيراً وصاحبه فوقه راقد نائم[11] وانتهى به إلى

(1) في /أ: (ينطلق).
(2) في /أ: (على التبر على مضروب).
(3) (ان) ساقط من /أ.
(4) (لنفسه) ساقط من /أ.
(5) في /أ: (أن القطع يتعلق).
(6) في /أ: (السرقة).
(7) في /أ: (وإن).
(8) (بهما) ساقط من /أ.
(9) في /ج: (والدراهم أحياناً تصير مقومة).
(10) في /ج: (وإذا).
(11) (نائم) ساقط من /أ.

الفضاء فلا قطع عليه[1]، وإن تلطف[2] به بعدما انتهى به إلى الفضاء[3] فرفع صاحبه ووضعه على الأرض وجب عليه القطع[4].

والفرق بين المسألتين: أن صاحب البعير ما دام راقداً فوقه فالبعير محرز به، والبعير بعد في الحرز[5]، والقطع لا يجب على السارق ما دام المال في الحرز.

ألا ترى أنه لو دخل الدار وأخذ المال من صفّة[6] ونقله إلى صفة أخرى[7]، أو إلى الصحن[8]، أو إلى الدهليز، ولم يخرج به من الدار[9] فالقطع غير واجب عليه[10]، والمذهب الصحيح أيضاً أنه إذا فتح[11] باب بيت من بيوت الدار[12]

---

(1) قال النووي: والأصح: إن كان الراكب حراً فلا قطع؛ لأن المتاع والبعير في يده، وإن كان عبداً قطع؛ لأن العبد في نفسه مسروق يتعلق به القطع.
انظر: روضة الطالبين 10/ 139، والمنثور في القواعد 2/ 44، والأشباه والنظائر لابن السبكي 1/ 399.

(2) في /ج: (وأي تلف).

(3) في /أ: (وإن تلطف بعدما انتهى به إلى الفضاء فلا قطع عليه) ثم بعد ذلك صححها الناسخ بالمثبت.

(4) (وجب عليه القطع) ساقط من /ج.
وقطع البغوي: بعدم وجوب القطع وقال: لأنه رفع الحرز ولم يهتكه.
انظر: التهذيب. خ. ج 4. ورقة: 115 ـ أ، ومغني المحتاج 4/ 174، وقليوبي وعميرة 4/ 195.

(5) في /أ: (في الحر).

(6) الصفة: شبه البهو الواسع الطويل السمك.
انظر: لسان العرب 9/ 195.

(7) في /ج: (وأخذ المال ونقله من صفة إلى صفة أخرى).

(8) في /أ: (أو إلى صحن).

(9) في /ج: (عن الدار).

(10) انظر: مختصر المزني / 263، والحاوي كتاب «الحدود» 2/ 552، والتهذيب. خ. ج 4. ورقة: 116 ـ ب.

(11) في /أ: (لو فتح).

(12) في /أ: (من البيوت الذي في الدار).

وأخرج منه المال إلى الصحن لم يلزمه القطع[1]، ويكون، كما لو أخرجه من صندوق مقفل في البيت إلى البيت[2].

فأما إذا رفعه عن ظهر البعير، وفصل بينهما فقد ميز بين المال وبين الحرز، فصار كمن أخرج المال عن جميع الدار.

فإن قيل: أرأيت لو أرسل[3] رجل بعيره يرعى ورقد على قرب منه فسرق[4] سارق ذلك البعير عن المرعى، أليس يلزمه القطع ويكون البعير محرزاً به؟.

قلنا: ذلك يختلف على حسب اختلاف الأحوال، فإن أرسل بعيره للرعي[5] وجلس يراقبه مراقبة الحافظ، فاعترته نعسة خفيفة، فانتهز[6] السارق فرصة النعسة، فهذه سرقة قطع.

فأما إذا أرسل البعير يرعى[7] ومهد لنفسه فراشاً وطياً[8] فاضطجع[9] نائماً، فمثل هذا الفعل تضييع وإعراض عن الحفظ[10].

---

(1) وقيل: يقطع، لأنها بالغلق تصير هي الحرز.
انظر: الحاوي «كتاب الحدود» 2/ 553، والمهذب 2/ 280.

(2) انظر: المرجعين السابقين.

(3) في / ج (لو أنه أرسل).

(4) في / أ: (سرق).

(5) في / أ: (للمرعى).

(6) في / ج: (وانتهز).

(7) (يرعى) ساقط من / ج.

(8) وطيًا: أي سهلا ليناً. من وطأ الشيء: إذا سهَّله.
يقال: وطأت لك الأمر إذا هيأته، ووطأت لك الفراش ووطأت لك المجلس توطئة، ولا يقال: وطيت.
انظر: لسان العرب 1/ 198، والقاموس المحيط 1/ 32.

(9) في / ج: (واضطجع).

(10) فلا يقطع السارق إذا سرق والراعي على هذه الحالة من النوم.
ولم أجد ـ فيما اطلعت عليه ـ هذا التفصيل في النوم لغير المؤلف رحمه الله.
انظر: روضة الطالبين 10/ 128، والمهذب 2/ 279، والحاوي كتاب «الحدود» 2/ 527.

فإن قيل: فهلا قلتم إذا اتحد مثل هذا المضطجع على ظهر[1] البعير، فالبعير[2] ضائع[3].

قلنا: الرقود فوق الشيء نوع إحراز له، وروي أن صفوان لما قدم المدينة مهاجراً رقد في المسجد على ردائه، فجاء سارق وسرق رداءه، فقطع رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ سارق رداء صفوان[4] فإن قيل: أرأيت لو دخل دار رجل، فوجد صاحب الدار نائماً، فحمله وأخرجه من الدار، ثم أغلق الباب دونه[5]، ففصل[6] بين المال وبين الحرز، ولم ينقل شيئاً من مكان / إلى مكان، كما لم ينقل[7] هذا (280/أ)

(1) (ظهر) ساقط من / أ.
(2) في / أ: (والبعير).
(3) أي غير محرز.
(4) أخرج مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن صفوان بن عبدالله بن صفوان أن صفوان بن أمية قيل له: إنه من لم يهاجر هلك، فقدم صفوان بن أمية المدينة، فنام في المسجد وتوسد رداءه، فجاء سارق، فأخذ رداءه، فأخذ صفوان السارق، فجاء به إلى رسول الله ـ صلّى الله عليه وسلم ـ فقال له رسول الله ـ صلّى الله عليه وسلم ـ أسرقت رداء هذا؟. قال: نعم، فأمر به رسول الله ـ صلّى الله عليه وسلم ـ أن تقطع يده، فقال له صفوان: إني لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة، فقال رسول الله ـ صلّى الله عليه وسلم ـ: «فهلا قبل أن تأتيني به».
أخرجه مالك في الموطأ في كتاب «الحدود» باب «ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان» حديث (28).
والبيهقي في السنن في كتاب «الحدود» 8/ 265.
وأحمد في المسند 3/ 401.
وأبو داود في كتاب «الحدود» باب «من سرق من حرز» حديث (4394).
وابن ماجة في كتاب «الحدود» باب «من سرق من الحرز» حديث (2595).
والحاكم في المستدرك 4/ 380 وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي.
قال الزيلعي في نصب الراية 3/ 369: «وفي التنقيح حديث صفوان حديث صحيح».
(5) في / ج: (دونه الباب).
(6) في / أ: (وفصل).
(7) في / أ: (كما لو لم ينقل).

الرجل البعير بعد وضع صاحبه عنه أليس لا يجب عليه القطع[1]؟.

قلنا: إذا قاد الناقة فقد حصل منه فعل في النقل، ولم يحصل منه فعل في الفصل، فإذا وضعه عن ظهرها[2] حصل منه فعل الفصل.

وأما من أخرج صاحب الدار منها فلم يحصل منه في نقل المال فعل، والمال ما دام في الدار، فهو[3] في يد صاحب الدار؛ فلذلك أوجبنا القطع في موضع، وأسقطناه في موضع آخر.

مسألة (688): الرجل إذا فتح باب داره[4] وجلس فيها، فتغفله[5] سارق، فدخل وسرق وجب القطع[6].

ولو فتح التاجر باب خانه، أو باب حانوته المختص به فتغفله[7] رجل وسرق، فلا قطع عليه، نصاً عن الشافعي، إلا أن الشافعي - رحمه الله - ما صور هذه المسألة الثانية في الحانوت، وإنما صورها في الدار أيضاً[8]، ثم قال مشايخنا في التفسير: أراد بذلك التاجر إذا فتح باب[9] داره.

والفرق بين المسألتين: أن التاجر إذا فتح باب داره وجلس للتجارة فقد وجد فعل يدل على الإذن في الدخول، فتصير الدار بالإذن، كالدار التي يسكنها

(1) انظر: روضة الطالبين 10/ 138-139، والمهذب 2/ 279.
(2) في /أ: (على ظهرها).
(3) في /أ: (هو).
(4) في /أ: (دار).
(5) في /أ: (فغفله).
(6) انظر: الأم 6/ 149، وروضة الطالبين 10/ 124، ومغني المحتاج 4/ 167.
(7) في /أ: (فغفله).
(8) قال الشافعي - رحمه الله -: «وكذلك بيوت السوق ما كانت مفتوحة فدخلها داخل، فسرق منها لم يقطع وإن كان فيها صاحبها، وهذه خيانة؛ لأن ما في البيوت لا يحرزها قعود عندها» أ. هـ. الأم 6/ 149.
(9) (باب) ساقط من /أ.

رجلان، وإذا سرق أحد الساكنين[1] مال الثاني، فلا قطع عليه[2].

فأما غير التاجر إذا فتح باب داره، فلا يتضمن فتحه إذناً في الدخول.

ألا ترى أن من أراد أن يدخل دار التجارة[3]، فليس عليه الاستئذان، وإن دخل عليه بغير إذن لم يكن دخوله دمورا[4].

وأما دار[5] غير التاجر، فإن كان بابها[6] مفتوحاً، فلا يجوز دخولها إلا بإذن، ومن دخلها بغير اذن فقد دمّر[7]، كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم[8].

فإن قيل: أليس صاحب الحانوت إذا جلس للبيع والشراء فسرق سارق شيئاً ساعة جلوسه وحضوره وجب القطع على ذلك[9] السارق، وإن كان فتحه الباب يتضمن الإذن؟.

---

(1) في /أ: (الشريكين).

(2) للشبهة.
انظر: روضة الطالبين 10/ 140، ومغني المحتاج 4/ 162، والحاوي كتاب «الحدود» 2/ 543.

(3) في /ج: (داراً للتجارة).

(4) (دمورا) ساقط من /أ.
والدمور: الدخول بغير اذن. وقيل: هجم ودخل بغير اذن وهو من الدمار الهلاك؛ لأنه هجوم بما يكره.
انظر: لسان العرب 4/ 291، والصحاح 2/ 659.

(5) (دار) ساقط من /أ.

(6) (بابها) ساقط من /ج.

(7) (دمر) ساقط من /أ.

(8) لم أعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ في كتب الحديث وإنما وجدته بلفظه في كتاب النهاية في غريب الحديث لابن الأثير وفي كتاب لسان العرب لابن منظور.
وأصله في الصحيحين من حديث سهل بن سعد قال: «اطلع رجل من جُحْرٍ في حُجَر النبي ـ صلّى الله عليه وسلم ـ ومع النبي ـ صلّى الله عليه وسلم ـ مِدْرَي يحك به رأسه فقال: لو أعلم أنك تنتظر لطعنت به في عينك، إنما جعل الاستئذان من أجل البصر».
أخرجه البخاري ـ واللفظ له؛ في كتاب «الاستئذان» باب «الاستئذان من أجل البصر» حديث (14)، ومسلم في كتاب «الآداب» باب «تحريم النظر في بيت غيره» حديث (2156). وانظر: النهاية في غريب الحديث 2/ 132-133، ولسان العرب 4/ 291.

(9) (ذلك) ساقط من /أ.

قلنا: إن كان الحانوت بيتاً واحداً يحيط البصر بجوانبه فالجواب كذلك: يقطع السارق[1]. فأما إذا كان يشتمل على بيوت وحوانيت بحيث أنه[2] لا يحيط البصر به من ذلك القاعد بجميع جوانبه[3] وقد فتح للتجارة فلا قطع على السارق إذا سرق من الموضع الذي لا يحيط بالبصر به[4]، ولعل الشافعي ـ رحمه الله ـ أراد في مسألة التاجر[5] مثل هذا التصوير، بدليل ما روى الربيع أنه قال في تلك المسألة: إن كان البصر يحيط بها قطع[6]، فصار وجود إحاطة البصر وعدم الإحاطة طريقاً في الفرق بين الجنسين، وصار الإذن في الدخول وعدم الإذن سبباً[7] آخر في الفرق/. (280/ب)

مسألة (689): إذا دخل الحرز وأخذ المال، فدفعه إلى مجنون، أو صبي صغير لا تمييز له، ولم يأمره بالإخراج، أو أمره لا على[8] جهة الإكراه، فخرج به، فلا قطع، على ذلك السارق[9]، ولو هدده وخوفه فخاف، فأخرجه

---

(1) انظر: الأم 6/ 149، وروضة الطالبين 10/ 141، والحاوي كتاب «الحدود» 2/ 535.
(2) (أنه) ساقط من / أ.
(3) في / أ: (حوانيته).
(4) انظر: الأم 6/ 149.
(5) في / أ: (التجارة).
(6) انظر: الأم 6/ 149.
(7) في / ج: (شيا).
(8) في / أ: (على) بسقوط اللام قبلها.
(9) ينبني حكم هذه المسألة على حكم جناية الصبي والمجنون هل يجري عليها حكم العمد، أم لا؟.
في ذلك قولان:
القول الأول: يجري عليها حكم العمد، فعلى هذا، لا يقطع السارق، كما لو دفعها إلى بالغ عاقل.
القول الثاني: يجري عليها حكم الخطأ، ولا يجري عليها حكم العمد، فعلى هذا: يكون في قطع السارق وجهان، كما لو وضع السرقة على حمار.
انظر: الحاوي كتاب «الحدود» 2/ 573-574، وروضة الطالبين 9/ 136.

للضرب[1] والوعيد وجب القطع على السارق[2].

والفرق بين الحالتين: أن المجنون إذا خرج من غير تهديد لحقه فالإخراج[3] منسوب إليه[4]، لا إلى ذلك السارق.

ألا ترى أن عاقلاً لو أمر مجنوناً، فأتلف مالاً، ولم يكن[5] إكراه، فالضمان على المجنون، لا على من أمره[6].

فأما إذا كان منه ضرب وإكراه ووعيد، فالإخراج منصوب إلى هذا السارق.

ألا ترى أن المُكْرِه والمُكْرَه إذا اجتمعا في إتلاف المال، فالمُكْرَه المباشر للإتلاف بمعزل عن الضمان، وإنما الضمان على من ألجأه واضطره إلى الإتلاف[7]. فلما صار فعل الإخراج منسوباً من هذا[8] الوجه إلى السارق أوجبنا الضمان عليه وقطعنا يده[9].

وعلى هذا الأصل قلنا: إذا حمل المال على ظهر دابته وسيرها وجب القطع، وإن سارت بنفسها من غير سوق بعد وقفه، فلا قطع[10]، ولو حمله على ماء يجري به

---

(1) في /أ: (بالضرب).

(2) انظر: الحاوي كتاب «الحدود» 2/ 573، وروضة الطالبين 10/ 137، والتنبيه / 245.

(3) (فالاخراج) غير واضحة في /أ.

(4) (إليه) ساقط من /أ.

(5) في /أ: (لم يكن) بسقوط الواو قبلها.

(6) انظر: مغني المحتاج 4/ 12، وروضة الطالبين 9/ 140-141.

(7) على أحد لأوجه.

الوجه الثاني: أنه على المُكْرَه؛ لأنه المباشر ويرجع بالمغروم على الآمر. قال النووي: هذا هو المذهب.

الوجه الثالث: أنهما شريكان، فيجب عليهما.

انظر: القواعد للحصني القسم الأول 2/ 766-767، وروضة الطالبين 9/ 142.

(8) في /أ: (إلى هذا).

(9) انظر: روضة الطالبين 10/ 137، والحاوي كتاب «الحدود» 2/ 571، والتهذيب. خ. جـ 4 ورقة: 118 ـ أ.

(10) انظر: المراجع السابقة.

وجب القطع؛ لأنه لا فعل[1] للماء[2].

وسوى بعض أصحابنا بين المجنون وبين الماء فأوجب القطع على آمر المجنون بالإخراج وإن لم يكن إكراه[3]، والصحيح ما قدمناه.

مسألة (690): إذا اشترك جماعة في إزهاق روح وجب القود على جميعهم[4] وإذا اشتركوا في سرقة نصاب، فلا قطع على واحد منهم[5].

والفرق: أن القتل لا يحتمل تبعيضاً في النسبة، فصار كل واحد منهم قاتل المهجة، فجعلنا حكمه حكم المنفرد بالقتل.

فأما المال المسروق، فإنه يحتمل تبعيضاً في النسبة، فيقال: إن كل واحد منهم سارق بعضه؛ فلذلك اشترطنا أن يكون نصيب كل سارق نصاباً حتى نوجب القطع على جميعهم[6].

فإن قيل: فعل السرقة، كفعل القتل لا يحتمل واحد منهما تبعيضاً.

قلنا: ليسا[7] سواء، وذلك أن حقيقة فعل السرقة إخراج النصاب عن الحرز، والنصاب في نفسه محتمل للتبعيض في الإخراج، بأن يخرج[8] عمامة، أو بساطاً، أو يخرج درهماً، ثم درهماً، ثم درهماً، ثم درهماً[9] إلى أن تبلغ

---

(1) في /أ: (لأنه فعل).
(2) انظر: روضة الطالبين 10/ 136، والحاوي كتاب «الحدود» 2/ 569.
(3) وممن ذهب إلى ذلك ابن القاص في التلخيص.
انظر: التلخيص. خ. ورقة: 93 ـ ب.
(4) انظر: روضة الطالبين 9/ 159، ومغني المحتاج 4/ 12، والتنبيه / 215.
(5) انظر: الأم 6/ 149، ومختصر المزني / 261، وروضة الطالبين 10/ 112، والحاوي كتاب «الحدود» 2/ 580.
(6) انظر: الأم 6/ 149، ومختصر المزني / 261، وروضة الطالبين 10/ 112، والحاوي كتاب «الحدود» 2/ 580.
(7) في /أ: (ليسوا).
(8) في /ج: (بأن يجد).
(9) (ثم درهماً) ساقط من /ج.

الدراهم نصاباً[1]، فيكون كل درهم بعضاً من نصاب أخرجه، والروح لا تتبعض أبعاضاً. وأثلاثاً وأرباعاً.

مسألة (691): من حضر الوقعة ولم يباشر قتالاً قليلاً ولا كثيراً استحق نصيبه من الغنيمة[2].

(281/أ) ومن حضر مع اللصوص وأعانهم[3] ولم يباشر إخراج/ المال من الحرز فلا قطع [عليه، وإنما القطع على من هتك الحرز وأخرج[4] المال[5]][6].

والفرق: أن القطع من جنس العقوبات، فلا يتوجه إلا على من باشر ارتكاب الجريمة التي توجب القطع[7]، وهذا الواقف عند فم[8] النقب[9] ما باشر وإنما كثَّر وهيَّب[10].

وأما[11] قسم الغنائم فعطية من الله تعالى لأقوام مخصوصين، فجاز أن يقسمها على من قاتل وعلى من لم يقاتل بعد حضور الملحمة.

---

(1) إذا سرق دراهم، أو غيرها قوم بالذهب، فإذا بلغت ربع دينار قطع.
انظر: الأم 6/ 147، وروضة الطالبين 10/ 110، والحاوي كتاب «الحدود» 2/ 457.

(2) انظر: روضة الطالبين 6/ 377، ومغني المحتاج 3/ 102، وقليوبي وعميرة 3/ 193.

(3) في /أ: (وأعنامهم).

(4) في /أ: (واخراج) والصواب ما أثبت والله أعلم.

(5) انظر: مختصر المزني / 261، والحاوي كتاب «الحدود» 2/ 587، وروضة الطالبين 10/ 134.

(6) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(7) الحدود لا تجب إلا بالمباشرة.
انظر: المهذب 2/ 177.

(8) في /أ: (عند ثم).

(9) النّقب: الثقب في أي شيء كان.
انظر: لسان العرب 1/ 765، والقاموس المحيط 1/ 133.

(10) في / ج: (وهيت).

(11) في / ج: (فأما).

ألا ترى أن أرباب الخمس[1] يستحقون خمسهم من المغنم وإن لم يحضروا المعركة ولا أحد منهم، ولكنهم متفرقون في شرق البلاد وغربها[2]، ومثل هذا لا يتعلق بباب العقوبات، ولا يتحقق فيها.



(1) ذكرهم الله تعالى في قوله: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ إِن كُنتُمْ ءَامَنتُم بِٱللَّهِ وَمَآ أَنزَلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ ٱلْفُرْقَانِ يَوْمَ ٱلْتَقَى ٱلْجَمْعَانِ ۗ وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ قَدِيرٌ ﴿٤١﴾﴾ الأنفال.

وفي قوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ۚ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ ﴿٧﴾﴾ الحشر.

(2) قال الماوردي في الفرق بين الغنيمة والسرقة: «وأما مال الغنيمة، فلما كان فيها الخمس يستحقه من لم يشهدها جاز أن يفرق على من شهدها، وإن لم يباشر أخذها، وخالف قطع السرقة في سقوطه عمن لم يشهد، فسقط عمن شهد ولم يباشر». أ.هـ. الحاوي كتاب «الحدود» 2/ 590.

كتاب الأشربة[1]

مسألة (692) في حد الشرب: المضروب في الخمر إذا مات من أربعين سوطاً فقد قال بعض أصحابنا يجب جميع ضمانه[2]، والمضروب في القذف [إذا مات في أحد وثمانين سوطاً فأحد القولين: أن الواجب عليه نصف الضمان، والثاني][3]: سهم من[4] واحد وثمانين سهماً[5].

والفرق أن السياط في الخمر اجتهاد، وإنما ضرب رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ بالنعال وأطراف الثياب[6]، فإذا ضرب بالسياط فأدى إلى القتل فما من

---

(1) (كتاب الأشربة) ساقط من /أ.

(2) على أحد الأوجه. وصححه النووي.
الوجه الثاني: أنه يضمن نصف ديته، لتلفه من واجب ومحظور.
الوجه الثالث: يوزع الضمان على التفاوت بين ألم السياط، والضرب بالنعال، وأطراف الثياب.
وهذه الأوجه على القول بالضمان، وهو أحد القولين، أو الوجهين.
والقول الثاني: إنه لا يضمن. قال النووي: «والمشهور لا ضمان كسائر الحدود».
انظر: روضة الطالبين 10/ 178، والحاوي كتاب «الحدود» 3/ 1142 ـ 1143، وحلية العلماء 8/ 99، والمهذب 2/ 287.

(3) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(4) (من) ساقط من /أ، ج. وقد زدتها لأن الحكم لا يستقيم إلا بها.

(5) من الدية. انظر: مختصر المزني /266، والحاوي كتاب «الحدود» 3/ 1164، وروضة الطالبين 10/ 178، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 129 ـ أ.

(6) أخرج البخاري ومسلم عن أنس بن مالك أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ ضرب في الخمر بالجريد والنعال واللفظ للبخاري.
وأخرج البخاري وأبو داود عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: أتي النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ برجل قد شرب قال: اضربوه، قال: أبو هريرة فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه، فلما انصرف قال بعض القوم أخزاك الله. قال: «لا تقولوا هكذا لا تعينوا عليه الشيطان» واللفظ للبخاري. =

سوط إلا وفيه نوع من الاجتهاد؛ ولذلك قال أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ـ كرم الله وجهه ـ: «لا أوتي[1] برجل فأقيم عليه الحد[2]، فيموت فأجد في نفسي[3] منه شيئاً، الحق قتله إلا شارب الخمر فإنه شيء رأيناه بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم»[4] ولو أردنا في كل سوط أن نقسط عليه ما كان مستحقاً منه ـ وهو قدر إيلامه بنعل[5]، أو طرف ثوب ـ وما هو غير مستحق منه لتعذر[6] التمييز[7]، فصار من هذا الوجه، كالميت في التعزير؛ لأن القدر الذي استحقه المعزر غير ممتاز عن الزيادة التي لم يستحقها[8].

فأما المحدود في القذف إذا ضربه[9] أحداً[10] وثمانين سوطاً، فثمانون حق مستحق دون الواحد الزائد، فلم نجد بداً من التقسيط، [ثم اختلف القول في كيفية التقسيط][11] على ما حكيناه[12].

=انظر: صحيح البخاري كتاب «الحدود» باب «ما جاء في ضرب شارب الخمر» حديث (2)، وباب «الضرب بالجريد والنعال» حديث (6) وصحيح مسلم كتاب «الحدود» باب «حد الخمر» حديث (1706)، وسنن أبي داود كتاب «الحدود» باب «الحد في الخمر» حديث (4477).

(1) في /ج: (لأوتا).
(2) في /ج: (حدا).
(3) في /ج: (في نفسه).
(4) سبق تخريجه في ص: 482.
(5) في /ج: (بالنعل).
(6) في /أ: (التعذر).
(7) في /أ: (التميز).
(8) إذا مات المعزر وجب كامل الضمان.
انظر: روضة الطالبين 10/ 177، ومغني المحتاج 4/ 199.
(9) (إذا ضربه) ساقط من /ج.
(10) في /أ. ج: (أحد) والصواب ما أثبت.
(11) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(12) في /أ: (على ما حكمناه).

مسألة (693): إذا تناول شراباً[1] قليلاً سواء كان[2] من خمر، أو نبيذ[3]، فسكر، ثم قال: ظننت أنه غير مسكر، فإن كان ظنه بالجنس، فالحد ساقط[4]، وإن كان ظنه بالقدر، فالحد واجب[5].

والفرق: أنه إذا قال: ظننته من جنس ما لا يسكر كثيره، فهذه شبهة[6] قد[7] أحلته، والحدود والكفارات تسقط بالشبهات[8].

فأما الظن بالقدر، فليس بعذر، لأنه عالم بأن جنسه مسكر، فإذا شرب القليل مما يعلم[9] الإسكار من كثيره، فقد ارتكب الحد، ثم اعترف[10] به والشافعي - رضي الله عنه - نص على هذه[11]/ المسألة فقال: إن شرب، ثم قال: ظننت أنه (281/ب)

(1) في /أ: (شاربا).
(2) (كان) ساقط من /أ.
(3) النبيذ: ما يعمل من الأشربة من التمر، والزبيب، والعسل، والحنطة، والشعير وغير ذلك.
سمي بذلك؛ لأن الذي يتخذه يأخذ تمراً، أو زبيباً، فينبذه في وعاء أو سقاء عليه الماء ويتركه حتى يفور فيصير مسكراً.
ويقال للخمر المعتصرة من العنب: نبيذ، كما يقال للنبيذ: خمر.
انظر: لسان العرب 3/ 511، وتحرير ألفاظ التنبيه / 46.
(4) انظر: روضة الطالبين 10/ 170، والحاوي «كتاب الحدود» 3/ 1117، ومغني المحتاج 4/ 187 - 188، والمجموع 3/ 8.
(5) انظر: روضة الطالبين 10/ 170، والمنثور في القواعد 2/ 15، والمجموع 3/ 8.
(6) (شبهة) ساقط من /أ.
(7) في /أ، جـ: (بد) لم تنقط. والصواب ما أثبت.
(8) فلو جامع ناسياً في الصوم، أو الحج، فلا كفارة للشبهة.
انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 123، والمنثور في القواعد 2/ 226.
(9) في /أ: (مما لا يعلم).
(10) في /أ: (أعرف).
(11) في /أ: (عليه في هذه).

غير مسكر وجب عليه الحد[1]، ففسره[2] مشايخنا بما ذكرناه[3] من التفسير والتقسيم. والله أعلم.



(1) لم أجد هذا النص باللفظ الذي ذكره المؤلف، ولعل المؤلف نقله بالمعنى من قول الشافعي: «لا نحد أحداً أبداً لم يسكر حتى يقول شربت الخمر، أو يشهد به عليه، أو يقول شربت ما يسكر أو يشرب من إناء هو ونفر فيسكر بعضهم فيدل ذلك على أن الشراب مسكر، فأما إذا غاب معناه، فلا يضرب فيه حدا ولا تعزيراً، لأنه إما الحد وإما أن يكون مباحاً وإما أن يكون مغيب المعنى، ومغيب المعنى لا يحد فيه أحد ولا يعاقب إنما يعاقب الناس على اليقين» أ.هـ الأم 6/ 144.
أو من قوله في كتاب «الصلاة» «ومن شرب شيئاً ليذهب عقله كان عاصياً بالشرب ولم تجزىء عنه صلاته وعليه وعلى السكران إذا أفاقا قضاء كل صلاة صلياها وعقولهما ذاهبة وسواء شربا نبيذاً لا يريانه يسكر، أو نبيذاً يريانه يسكر» أ. هـ الأم 1/ 69.

(2) في /أ: (ففسر).

(3) في /جـ: (بما ذكرنا).

كتاب قطاع الطريق

مسألة (694): الحر إذا قتل[1] عبداً في المحاربة قتل به في أحد القولين، وكذلك المسلم بالكافر، والوالد بالولد، والواحد بالعدد[2].

ومثله[3] لو تصور شيء من ذلك[4] في غير المحاربة راعينا معاني المكافأة، ولم نقتل واحداً[5] بعدد، وإنما نقتله بواحد ونوجب ديات الباقين[6].

والفرق بين الحالتين: أن حالة المحاربة توجب مراعاة حقين: حق لله تعالى، وحق الآدمي[7]، بخلاف حالة القصاص المحض.

ألا ترى أن ولي الدم في المحاربة لو قال: عفوت عن النفس لم يكن له[8]، ولو قال: عفوت عن الجراح كان له[9].

---

(1) (إذا قتل) غير واضحة في / ج.

(2) **والقول الثاني**: أنه لا يقتل به؛ لأن التكافؤ معتبر في الحرابة.
انظر: الحاوي كتاب «الحدود» 2/ 881، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الأول 2/ 362 ـ 363، وروضة الطالبين 10/ 160 ـ 161.

(3) في / ج: (وبمثله).

(4) في / أ: (ومثله شيء لو تصور من ذلك).

(5) في / أ: (واحد).

(6) في ماله.
انظر: روضة الطالبين 9/ 160، ومغني المحتاج 4/ 22، ونهاية المحتاج 7/ 277، والمهذب 2/ 183.

(7) في / أ: (للآدمين).

(8) انظر: روضة الطالبين 10/ 161، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الأول 2/ 363، ومختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي 2/ 574.

(9) على الأظهر.
الوجه الثاني: ليس له العفو، ويتحتم القصاص.
انظر: روضة الطالبين 10/ 161، ومغني المحتاج 4/ 183.

فأما الحالة الثانية: فجميع الحق فيها للآدميين، فلا بد[1] من اعتبار المكافأة.

ألا ترى أنه إذا عفي عن الدم صار الدم محقوناً وبقيت خصومة المال[2].

مسألة (695): في ضمان البهائم: الهرة إذا صادت بالنهار حمامة دار رجل[3]، فاتلفتها وجب الضمان على صاحب الهرة[4].

والبهيمة إذا أفسدت بالنهار زرعاً، فلا ضمان على صاحب البهيمة، وإتلافها بالليل على الضد[5] في الجواب أيضاً، فما[6] أتلفت الهرة فلا ضمان[7]، وما أتلفت البهيمة من الزرع فيجب ضمانه[8].

---

(1) في / ج: (ولا بد).

(2) انظر: التنبيه / 217، وروضة الطالبين 9/ 239، والمهذب 2/ 188.

(3) في / ج: (حمامة لرجل).

(4) ذكر إمام الحرمين في ضمان ما تتلفه الهرة أربعة أوجه:

الوجه الأول: يضمن صاحبها.

الوجه الثاني: لا يضمن.

الوجه الثالث: يضمن ليلاً لا نهاراً.

الوجه الرابع: يضمن نهاراً لا ليلاً؛ لأن الأشياء تحفظ عنها ليلاً.

وفرق النووي بين ما يعهد منها الإتلاف، وما لا يعهد. فقال: «إذا كانت له هرة تأخذ الطيور، وتقلب القدور فأتلفت شيئاً، فهل على صاحبها ضمان؟.

وجهان: أصحهما: نعم، سواء أتلفت ليلاً أو نهاراً؛ لأن مثل هذه الهرة ينبغي أن تربط ويكف شرها، وكذا الحكم في كل حيوان تولع بالتعدي.

والثاني: لا ضمان، سواء أتلفت ليلاً أو نهاراً؛ لأن العادة لا تربط.

أما إذا لم يعهد منها ذلك، فوجهان:

أصحهما: لا ضمان؛ لأن العادة حفظ الطعام عنها لا ربطها.

والثاني: يفرق بين الليل والنهار...» أ. هـ.

روضة الطالبين 10/ 199 ـ 200، وانظر: مغني المحتاج 4/ 207، والوجيز 2/ 186.

(5) في / ج: (على الضدد).

(6) في / ج: (فيما).

(7) فما أتلفت الهرة ليلاً فلا ضمان وهو أحد الأوجه السابقة.

(8) انظر: روضة الطالبين 10/ 195، والوجيز 2/ 186، ومغني المحتاج 4/ 206.

وعلة هذا الفصل[1]: مراعاة عادات الفريقين، فعادة[2] أرباب الحمامات إرسالها بالنهار وإحرازها بالليل، وعادة أرباب الزرع حفظها بالنهار دون الليل، وهذا مأخوذ من قضاء رسول الله - ﷺ - فيما أفسدته ناقة البراء[3] ابن [4]عازب[5]. والله أعلم.

---

(1) (الفصل) ساقط من /أ.

(2) في /أ: (فعادات).

(3) في /أ: (فيما أفسده البراء).

(4) هو البراء بن عازب بن الحارث بن عدي بن جشم بن مجدعة بن حارثة بن الحارث بن الخزرج الأنصاري الأوسي، يكنى أبا عمارة. وقيل: أبا الطفيل، وقيل: أبا عمر، وصحح ابن الأثير وابن عبد البر الأول. رده النبي - صلى الله عليه وسلم - عن بدر لصغر سنه، وأول مشاهده أحد، وقيل: الخندق. وغزا مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أربع عشرة غزوة، وقيل خمس عشرة غزوة.
وشهد مع علي - رضي الله عنه - الجمل وصفين والنهروان.
روي للبراء عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ثلاثمائة حديث وخمسة أحاديث اتفق البخاري ومسلم منها على اثنين وعشرين وانفرد البخاري بخمسة عشر ومسلم بستة.
نزل الكوفة وابتنى بها داراً ومات في إمارة مصعب بن الزبير سنة اثنتين وسبعين. وكان له ابنان يزيد وسويد رضي الله عنه وعنهما. انظر: أسد الغابة 1/ 171، والإصابة 1/ 142، والاستيعاب 1/ 139، وتهذيب الأسماء واللغات 1/ 132.

(5) حديث قضاء النبي - ﷺ - فيما أفسدته ناقة البراء رواه حرام بن محيصة الأنصاري عن البراء بن عازب. قال: كانت له ناقة ضارية، فدخلت حائطاً فأفسدت فيه فكلم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فيها، فقضى بأن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها وإن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل.
أخرجه أبو داود - واللفظ له - في كتاب «البيوع والاجارات» باب «المواشي تفسد زرع قوم» حديث (3570)، وابن ماجة في كتاب «الأحكام» باب «الحكم فيما أفسدته المواشي» حديث (2332)، ومالك في الموطأ في كتاب «الأقضية» باب «القضاء في الضواري والحريسة» حديث (37)، وأحمد في المسند 4/ 295، والبيهقي في السنن الكبرى 8/ 341، والحاكم في المستدرك 2/ 48، وقال: صحيح الاسناد على خلاف فيه بين معمر والأوزاعي فإن معمراً قال: عن الزهري عن حرام بن محيصة عن أبيه. ووافقه الذهبي.
قال ابن حجر في تلخيص الحبير 4/ 86: «وقال الشافعي: أخذنا به لثبوته واتصاله ومعرفة رجاله». أ. هـ.

كتاب السير

مسألة (696): المرتزق إذا أخذ حقه من المال لسنة[1]، ثم مرض لم يسترجع الإمام منه ما أخذ[2].

ولو أن بعض الغزاة[3] أخذ شيئاً من مال الجهاد، ثم مرض استرجع الإمام منه ما أخذ[4].

والفرق بينهما: أن المرتزق يأخذ ما يأخذ للاستعداد ونفسه مسبلة للجهاد، فإن أعجزه[5] المرض في حين قام به في غير ذلك الحين.

فأما الغازي[6]، فلا يأخذ[7] ما يأخذ؛ لدوام الاستعداد، وإنما يأخذه[8] للجهاد في الوقت، فإذا عجز عن القيام به لم يكن مستحقاً لما أخذه وكان عليه رده، والذي يدل على هذا: أن جميع ما فيه كفاية/ (282/أ) المرتزق لعامهم[9] وكفاية ذراريهم يستحق لهم[10] في بيت المال[11]، وليس

(1) في /أ: (في سنة).
(2) انظر: الأم 4/ 164، ومغني المحتاج 3/ 97.
(3) في /ج: (الأعراب).
والمراد بهم: المتطوعة وهم الذين يغزون إذا نشطوا ويعطون من الزكاة لا من الفيء عكس المرتزقة.
انظر: الأم 4/ 154، ومغني المحتاج 3/ 95، ونهاية المحتاج 6/ 139.
(4) انظر: روضة الطالبين 2/ 323، ومغني المحتاج 3/ 113، ونهاية المحتاج 6/ 160.
(5) في /أ: (فان أعجز).
(6) في /ج: (الاعرابي).
(7) في /أ: (فإنما يأخذ).
(8) في /أ: (يأخذ).
(9) (لعامهم) ساقط من /ج.
(10) (لهم) ساقط من /أ.
(11) انظر: مغني المحتاج 3/ 96، وروضة الطالبين 6/ 359، والأحكام السلطانية / 256 ـ 257.

ذلك بمستحق[1] للغزاة[2]، ولا لذراريهم[3].

مسألة (697): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لا يجاهد إلا بإذن أهل الدَّين[4] وبإذن والديه[5]؛ لشفقتهما ورقتهما[6] عليه إذا كانا مسلمين»[7]. نص عليهما[8].

ولو أن واحداً من المرتزقة خرج للجهاد فأراد رب الدين رده منعه[9] الإمام من الرجوع على كراهة رب الدين وعلى كراهة الأبوين[10]،

ومن كان من المطوعة[11] رجع قبل الصف[12] لحق الأبوين ولحق أهل الدين[13].

والفرق بينهما: أنه إذا كان[14] اسمه مكتوباً[15] في ديوان الجهاد صارت[16] منزلته منزلة الأجير بما أرصد نفسه له، وأخذه[17] من الأجرة عليه، والأجير

---

(1) في / ج: (يستحق).
(2) في / أ، ج: (الاعراب) ولعل الصواب ما أثبت.
(3) لأن حق الغازي في الزكاة لا في الفيء.
انظر: روضة الطالبين 2/ 321، ومغني المحتاج 3/ 95، ونهاية المحتاج 6/ 139.
(4) في / أ: (أهل الوالدين).
(5) (والديه) ساقط من / أ.
(6) (ورقتهما) ساقط من / أ.
(7) مختصر المزني / 269، وانظر: الأم 4/ 163، وروضة الطالبين 10/ 210 ـ 211.
(8) في / ج: (عليه).
(9) في / أ: (ومنعه).
(10) انظر: الأم 4/ 164، ومغني المحتاج 4/ 218، وروضة الطالبين 10/ 211.
(11) سبق بيان المراد بهم في المسألة السابقة.
(12) أي صف القتال.
(13) انظر: الأم 4/ 164، ومغني المحتاج 4/ 218، وروضة الطالبين 10/ 210.
(14) في / ج: (كانت).
(15) في / أ: (مكتوب)، وساقط من / ج، والصواب ما أثبت.
(16) في / أ: (صار).
(17) في / أ: (وأخذ).

مستغرق المنافع لجهة الاستحقاق، وهذا الوصف مفقود فيمن[1] كان متطوعاً بالجهاد؛ فلذلك ألزمناه الرجوع إذا استرجعه رب الدين أو أحد[2] أبويه[3].

مسألة (698): لا يجاهد الولد إن كان[4] الجهاد فرض كفاية إلا برضا الوالدين[5] [6]، ويخرج متفقهاً بغير رضاهما ـ عند كثير من مشايخنا ـ وإن كان يخرج[7] لما هو فرض كفاية[8] من التعليم[9].

والفرق بين الفرضين: أن الجهاد مقتلة، فإذا أراد أن يتوجه لها ويتعرض لخطرها، فلا بد له[10] من استئذانهما واسترضائهما؛ لفرط شفقتهما ورأفتهما.

---

(1) في /أ: (فمن).
(2) في /أ: (وأحد) بسقوط الألف قبل الواو.
(3) في /ج: (الأبوين).
(4) في /أ: (وإن كان).
(5) في /ج: (الأبوين).
(6) لحديث عبدالله بن عمرو قال: جاء رجل إلى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ يستأذنه في الجهاد. فقال: «أحيّ والداك؟ قال: نعم.
قال: ففيهما فجاهد» أخرجه البخاري ومسلم.
ولأن الفرض هنا فرض كفاية، وبرهما فرض عين.
انظر: مغني المحتاج 4/217، ونهاية المحتاج 8/57، وروضة الطالبين 10/211، وصحيح البخاري كتاب «الجهاد والسير» باب «الجهاد بإذن الأبوين» حديث (208)، وصحيح مسلم كتاب «البر والصلة والآداب» باب «بر الوالدين وأيهما أحق به» حديث (2549).
(7) في /ج: (وحل له أن يخرج).
(8) في /أ: (الكفاية).
(9) وهذا أصح الوجهين عند المراوزة.
الوجه الثاني: أنه لا يخرج إلا باذنهما كالجهاد.
انظر: مغني المحتاج 4/218، وروضة الطالبين 10/211، والقواعد للحصني، القسم الأخير 2/573.
(10) (له) ساقط من /أ.

وأما التفقه بخلاف ذلك؛ لأنه إذا خرج له لم يكن خارجاً[1] لمقتلة يخافها على مهجته.

فأما ما كان متعيناً على الإنسان[2]، [من العلم فلا خلاف أنه يخرج][3] له ولطلبه بغير رضاهما[4]، وهذا كله فيمن عجز بحضرة أبويه عن طلب العلم وتحصيله دون من تمكن[5] منه بحضرتهما، فلا يجوز للمتمكن[6] مفارقتهما، ولا مفارقة واحد منهما إلا برضاهما[7].

مسألة (699): المنافق إذا لم يظهر منه إرجاف وتخذيل[8] استصحبه السلطان للجهاد[9] كما يستصحب المسلم[10]، فأما من ظهر منه إرجاف وتخذيل، فقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «منعه الإمام الغزو»[11]. وأشار إلى المعنى

(1) في /أ: (خرج).
(2) في /أ: (على الإنسان متعيناً).
(3) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(4) انظر: روضة الطالبين 10/ 211، ومغني المحتاج 4/ 218.
(5) في /أ: (يمكن).
(6) في /أ: (فلا يجوز له).
(7) في /ج: (إلا بالرضا).
وانظر المرجعين السابقين.
(8) المرجف: من يكثر الأراجيف، بأن يقول: قتلت سرية كذا، أو لحقهم مدد للعدو من جهة كذا، أو لهم كمين في موضع كذا.
والمخذل: من يخوف الناس، بأن يقول: عدونا كثير، وخيولنا ضعيفة، ولا طاقة لنا بهم.
انظر: روضة الطالبين 10/ 240، ومغني المحتاج 4/ 221، ولسان العرب 9/ 113، 11/ 202.
(9) (للجهاد) ساقط من /أ.
(10) في /ج: (المسلمين).
وانظر: الأم 4/ 166، ومغني المحتاج 4/ 221.
(11) مختصر المزني /269، وانظر: الأم 4/ 166، ومغني المحتاج 4/ 221، وروضة الطالبين 10/ 240.

الذي وقع فيه الفصل[1] بينهما[2]، فقال: «لأنه ضرر عليهم»[3]. يعني: ما يفعل من التخذيل والإرجاف. وأما المستتر بنفاقه الذي لا يظهر منه الإرجاف والتخذيل[4]، فلا ضرر على المسلمين منه ومن خروجه[5].

والمخذلون المرجفون إذا خرجوا بغير إذن الإمام أدبهم تعزيراً ولم يسهم لهم، فإنهم غير معدودين في جملة الجيش[6]، وما زال رسول الله - ﷺ - يغزو بطائفة من المنافقين[7]، ونهاه الله سبحانه وتعالى - عن طائفة

---

(1) في /ج: (الذي منه وقع الفصل).

(2) (بينهما) ساقط من /أ.

(3) مختصر المزني / 269 - 270.

(4) في /أ: (ولا التخذيل).

(5) في /أ: (على المسلمين من خروجه).

(6) انظر: الأم 4/ 166، وروضة الطالبين 10/ 240.

(7) أخرج البخاري ومسلم عن زيد بن ثابت - رضي الله عنه - قال: لما خرج النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى أحد رجع ناس ممن خرج معه وكان أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - فرقتين فرقة تقول نقاتلهم، وفرقة تقول لانقاتلهم، فنزلت: فما لكم في المنافقين فئتين والله أركسهم بما كسبوا، وقال إنها طيبة تنقي الذنوب كما تنقي النار خبث الفضة.
وأخرج البخاري عن عمر بن دينار قال: سمعت جابر بن عبدالله - رضي الله عنهما - يقول: كنا في غزاة فكسع رجل من المهاجرين رجلاً من الأنصار فقال الأنصاري يا للأنصار، وقال المهاجري: يا للمهاجرين فسمَّعها الله رسوله - صلى الله عليه وسلم - قال ما هذا؟ فقالوا: كسع رجل من المهاجرين رجلاً من الأنصار فقال الأنصاري: يا للأنصار، وقال المهاجري يا للمهاجرين فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: دعوها فإنها منتنة. قال جابر وكانت الأنصار حين قدم النبي - صلى الله عليه وسلم - أكثر، ثم كثر المهاجرون بعد، فقال عبدالله بن أبي أو قد فعلوا والله لئن رجعنا إلى المدينة ليخرجن الأعز منها الأذل فقال: عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - دعني يا رسول الله أضرب عنق هذا المنافق، قال النبي - صلى الله عليه وسلم - دعه لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه.
انظر: صحيح البخاري كتاب «المغازي» باب «غزوة أحد» حديث (91)، وكتاب «التفسير» باب «قوله يقولون لئن رجعنا إلى المدينة ليخرجن الأعز منها الأذل»... حديث (401)، وصحيح مسلم كتاب «صفات المنافقين وأحكامهم» حديث (2776).

(282/ب) منهم[1]، وإنما افترقت الطائفتان لما ذكرناه[2]. /

مسألة (700): إذا غزا الإمام بالمراهقين من المسلمين رضخ[3] لهم[4].

فأما المراهقون[5] من المشركين إذا غزا بهم ففي رضخهم قولان[6].

والفرق بينهما: أنا نرجو بركة دعاء المراهقين من المسلمين إذا غزوا، ولا نرجو ذلك من صبيان المشركين، ولو صرنا إلى منفعة القتال والمعاونة عليه سوينا[7] بين الفريقين.

---

(1) في قوله تعالى: ﴿وَلَوْ أَرَادُوا الْخُرُوجَ لَأَعَدُّوا لَهُ عُدَّةً وَلَكِن كَرِهَ اللَّهُ انبِعَاثَهُمْ فَثَبَّطَهُمْ وَقِيلَ اقْعُدُوا مَعَ الْقَاعِدِينَ ﴿٤٦﴾ لَوْ خَرَجُوا فِيكُم مَّا زَادُوكُمْ إِلَّا خَبَالًا وَلَأَوْضَعُوا خِلَالَكُمْ يَبْغُونَكُمُ الْفِتْنَةَ وَفِيكُمْ سَمَّاعُونَ لَهُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ بِالظَّالِمِينَ ﴿٤٧﴾﴾ التوبة: آية (46 ـ 47).
وانظر: أحكام القرآن 2/ 26 ـ 28، والجامع لأحكام القرآن 8/ 99 ـ 100، والأم 4/ 166.

(2) في /ج: (لما ذكرنا).

(3) الرضخ في اللغة: العطاء القليل.
وفي الشرع: شيء يعطى من الغنيمة دون سهم الراجل يجتهد الإمام في قدره.
انظر: لسان العرب 3/ 19، والزاهر / 283، ومغني المحتاج 3/ 105.

(4) انظر: الأم 4/ 162، وروضة الطالبين 6/ 370، ومغني المحتاج 3/ 105.

(5) في /أ: (المراهقين).

(6) في جواز احضار نساء أهل الذمة وصبيانهم قولان:
أحدهما: نعم. كالمسلمين.
الثاني: لا. إذا كان لا قتال فيهم ولا رأي.
فعلى القول الأول يرضخ لهم. وعلى الثاني: لا.
وقال إمام الحرمين: «وأما نسوان أهل الذمة، وأطفالهم فقد ظهر فيها اختلاف الأصحاب، والذي ينتهي ذكره أوجه.
أحدها: لا يرضخ لهم أصلاً.
والثاني: أنا نجريهم مجرى أطفال المسلمين ونسائهم.
والثالث: أنا نرضخ لهم إذا كان فيهم منفعة، فإن لم يكن فيقطع بأن لا يرضخ لهم» ا.هـ.
نهاية المطلب.خ. ج 5. ورقة: 143 ـ أ، وانظر: روضة الطالبين 10/ 240، ومغني المحتاج 4/ 221.

(7) في /أ: (وسوينا).

فأما رجال المشركين إذا غزا بهم الإمام، فإنهم يستحقون الرضخ[1]، ومنزلتهم منزلة عبيد المسلمين[2]، وفي هذا نوع فرق أيضاً وهو: أن رجالهم إذا كانوا أهل رضخ وذلك أدنى المنزلتين لم يكن لصبيانهم منزلة الرضخ، بخلاف صبيان المسلمين.

مسألة (701): أهل الكتاب من الحربيين[3] إذا أسروا[4]، فقبلوا الجزية لم يحرم قتلهم[5]، كما يحرم بالإسلام بعد الأسار[6]، ولو قبلوها قبل الإسار حرم قتلهم كما يحرم بالإسلام[7].

والفرق بين المسألتين: أنهم إذا أسروا، فقد تعلق برقابهم حق الأسر، فإذا أرادوا إسقاط ذلك الحق بقبول الجزية لم يكن لهم إسقاطه.

ألا ترى أنهم لو أسلموا بعد الأسر لم يعصمهم الإسلام عن الرق[8]، حتى قال بعض أصحابنا: نفس إسلامهم بعد[9] الإسار يرقهم، جرياً[10] على ظاهر كلام

---

(1) انظر: روضة الطالبين 6/ 370، ومغني المحتاج 3/ 105.

(2) العبيد يرضخ لهم، ولا يسهم لهم.
انظر المرجعين السابقين.

(3) في /أ: (من الحزبين).

(4) في /أ: (إذا سروا)، وساقط من /ج. والصواب ما أثبت.

(5) على أحد القولين.
القول الثاني ـ وهو الأظهر عند النووي ـ: تحريم قتلهم؛ لأن بذل الجزية يقتضي حقن الدم، كما لو بذلها قبل الأسر.
انظر: روضة الطالبين 10/ 298، ونهاية المطلب.خ. ج 5. ورقة: 141 ـ ب.

(6) انظر: روضة الطالبين 10/ 252، ومغني المحتاج 4/ 228، ونهاية المطلب خ. ج 5. ورقة: 141 ـ أ.

(7) انظر: روضة الطالبين 10/ 298.

(8) انظر: مختصر المزني / 271، وروضة الطالبين 10/ 298.

(9) (بعد) ساقط من /أ.

(10) في /أ: (فهم جراً).

الشافعي ـ رحمه الله ـ حيث قال: «لو أسلموا بعد الأسر[1] رقوا»[2].

فأما إذا قبلوها قبل [الإسار فقد قبلوها وهم مالكون لأمرهم ورقابهم وأموالهم؛ ولهذا المعنى قلنا: إذا قبلوها قبل الأسار][3] وجب على الإمام أن يقبلها منهم ولا يتخير[4] فيها، ولا يلزمه أن يقبلها منهم إذا قبلوها بعد الأسار.

مسألة (702): الخنثى المشكل إذا بان رجلاً في الغانمين قبل القسمة أكملنا سهمه[5]، وكذلك بعد القسمة قبل التفرقة[6] عند بعض أصحابنا[7].

فأما بعد التفرقة لا نكمل سهمه من تلك الغنيمة، ولكن يكمل[8] من سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم[9].

والفرق بين الحالتين: أنا بعد التفرقة لو أردنا إكمال سهمه احتجنا إلى نقض القسمة بين الخلق الكثير، وفي ذلك ما لا يخفى من التعذر والمشقة، ولو أن تركة قسمت، وفرقت، ثم ظهر على الميت دين نقضنا القسمة بين الورثة[10].

---

(1) في / ج: (بعد الأسار).

(2) انظر: مختصر المزني / 271.

(3) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(4) في / أ: (ولا يبحث).

(5) وقيل: ليس له إلا الرضخ.
انظر: مغني المحتاج 3/ 106، وروضة الطالبين 6/ 372.

(6) في / ج: (التفرق).

(7) ومنهم البندنيجي ونقله عن نص الشافعي.
انظر: إيضاح المشكل من أحكام الخنثى المشكل 2/ 586.

(8) في / ج: (ولم نكمله).

(9) قال الأسنوي: «والقياس أنه يوقف سهمه إلى أن يتبين حاله أو يصالحه الإمام، أو المستحقون إن انحصروا، كما في الميراث» أ. هـ.
إيضاح المشكل من أحكام الخنثى المشكل 2/ 586، وانظر: مغني المحتاج 3/ 106، وروضة الطالبين 6/ 372.

(10) على القول بأن القسمة بيع؛ لأن القسمة بمنزلة بيع التركة قبل قضاء الدين، أما إذا قلنا: إن القسمة تمييز لحقين لم تنقض القسمة، ولكن تباع الأنصباء في الدين إن لم يوفوه.
انظر: الأم 6/ 214، ومختصر المزني / 301، وروضة الطالبين 11/ 209 ـ 210، والمهذب 2/ 310.

والفرق[1]: أن النقض في التركة متيسر؛ لأن عددهم قليل محصور بخلاف عدد العسكر العظيم، وإنما علقنا[2] الحكم بالتعذر والمشقة، فلا بد من مراعاة التعذر.

مسألة (703): الواحد من الغانمين إذا أقرض[3] غانماً طعاماً من طعام الغنيمة فله مطالبته بالقرض وهما في دار الحرب[4]/ ، فإذا خرجا إلى دار الإسلام فليس له مطالبته به[5]. (283/أ)

وذلك: أنهما ما داما في دار الحرب فلكل[6] واحد منهما التبسط[7] والتصرف في ذلك الطعام على وجه مخصوص، والقرض[8] والاستقراض والاسترجاع من التصرف والتبسط فيه، فإذا خرج الجيش إلى بلاد الإسلام انقضى[9] ذلك التصرف وصار أمر الطعام إلى الإمام كأمر سائر الغنائم، فالإمام يسترجع ذلك القرض، ولا يجوز لذلك المستقرض أن يرده إلا إلى الإمام[10].

ومن كان معه فضل طعام بعد الخروج إلى دار الإسلام فليس له الاستمتاع به، وعليه رده إلى المغنم في مشهور نص الشافعي ـ رحمه الله[11] ـ إلا أن تكون

---

(1) في /أ: (والفرق بين).
(2) في /أ: (عقلنا).
(3) في /ج: (إذا قرض).
(4) انظر: الأم 4/ 262، وروضة الطالبين 10/ 265.
(5) انظر: المصدر والمرجع السابقين.
(6) في /أ: (ولكل).
(7) في /أ: (التسليط).
(8) في /أ: (والافتراض).
(9) في /أ: (لم ينقض).
(10) في /ج: (على الإمام).
(11) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ومن فضل في يديه شيء من الطعام ـ قل أو كثر ـ فخرج به من دار العدو إلى دار الإسلام لم يكن له أن يبيعه ولا يأكله وكان عليه أن يرده إلى الإمام فيكون في المغنم» أ. هـ، الأم 4/ 262.وذكر النووي في رده ثلاثة أقوال:
أظهرها: يجب الرد، لزوال الحاجة والمأخوذ متعلق حق الجميع.
والثاني: لا، لإباحة الأخذ.
والثالث: إن كان قليلاً لا يبالي به، ككسر الخبز لم يرد، وإلا فيرد.
انظر: روضة الطالبين 10/ 264، ومختصر المزني / 271.

الضرورة في أطراف دار الإسلام باقية موجودة، كما كانت موجودة في دار الحرب، فيكون لهم حينئذٍ[1] أن يستمتعوا بطعام المغنم، كما يجوز ذلك لهم في دار الحرب.

مسألة (704): الأدوية في المغنم ممنوعة قبل القسمة، وليس لأحد من الغانمين أن يتعاطاها[2]، بخلاف الطعام[3].

والفرق: أن الضرورة تدعو إلى الانتفاع بالطعام، ولا ضرورة تدعو إلى الانتفاع بالأدوية، فإن الحاجة إليها من النوادر؛ ولذلك قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو أراد واحد منهم أن يأكل إلية[4] من المغنم كان له ذلك، ولو أراد أن يوقح[5] بها دابته، أو يدهن شقها[6] بدهن الغنيمة لم يكن له ذلك»[7].

مسألة (705): الواحد من الغانمين إذا وجد في بلاد الحرب مالاً مدفوناً في مواتهم كان أولى به[8]، ولو وجده مدفوناً في خربة من بلادهم كان غنيمة يشترك الغانمون فيها[9].

---

(1) في / ج: (فيكون حينئذٍ لهم).

(2) على أصح الأوجه وبه قطع الجمهور.
الوجه الثاني: تباح للحاجة بلا عوض.
الوجه الثالث: أن ما لا يؤكل إلا تداوياً، يباح ويجب ضمانه وما يكون للتداوي وغيره، يباح ولا يجب ضمانه.
انظر: الأم 4/ 264، وروضة الطالبين 10/ 262، والمهذب 2/ 240.

(3) فيجوز التبسيط بتناول أطعمتها، وبعلف الدواب قبل القسمة بلا عوض.
انظر: الأم 4/ 261 ـ 264، وروضة الطالبين 10/ 261، والمهذب 2/ 240.

(4) (إلية) ساقط من / ج.

(5) التوقيح: أن يوقح الحافر بشحمة تذاب، حتى إذا تشيطت الشحمة وذابت كوى بها مواضع الخفا والأشاعر لتصلبيه.
انظر: لسان العرب 2/ 637، والقاموس المحيط 1/ 255.

(6) في / ج: (سقتها).

(7) انظر: الأم 4/ 263 ـ 264.

(8) انظر: الأم 4/ 264، وروضة الطالبين 2/ 289، والحاوي «كتاب الزكاة» 3/ 1371.

(9) انظر: الأم 2/ 44، والحاوي «كتاب الزكاة» 2/ 1372، وروضة الطالبين 2/ 289.

والفرق بينهما: أن ما وجده في مواتهم مدفوناً، فالظاهر من حاله أنه ليس ملكاً لهم دفنوه، وصفته صفة الأموال العادية.

ألا ترى أن المسلم لو وجد مثله في بلاد الإسلام كان في الحكم ركازاً يملكه الواجد ويخمسه[1]، وكذلك ما وجده بهذه الصفة في بلاد الحرب، فهو يختص به، وعليه أن يخمسه.

فأما إذا وجده في خربة مملوكة لهم، فالظاهر من ذلك المال أنه ملك لهم دفنوه.

ألا ترى أن مثله لو وجد في دار الإسلام كان ذلك لقطة في الحكم يعرفها واجدها، ثم يتملكها بعد السنة[2].

(1) انظر: الأم 2/ 44، والمجموع 6/ 92، وروضة الطالبين 2/ 288.

(2) انظر: مغني المحتاج 1/ 396، ونهاية المحتاج 3/ 98.
وقال الماوردي: ولو كانت الأرض محياة، فعلى ضربين:
أحدهما: أن تكون عامرة.
والثاني: أن تكون خراباً.
فإن كانت عامرة، فهو في ظاهر الحكم ملك أربابها دون واجدة، وإن كانت خراباً، فعلى ضربين:
أحدهما: أن تكون جاهلية.
والثاني: أن تكون إسلامية.
فإن كانت جاهلية عادية، فحكمه حكم ما وجد في الموات يكون لواجده إن كان من ضرب الجاهلية عليه الخمس إن كان من أهل الزكاة وبلغ نصاباً.
وإن كانت إسلامية، فعلى ضربين:
أحدهما: أن يعرف أربابها، فهو في ظاهر الحكم ملك لأربابها دون واجدة كالعامر.
والضرب الثاني: أن لا يعرف أربابها، فهو لبيت المال دون الواجد، لأن وجوده في ملك مسلم قد أجري عليه في الحكم ملك ذلك المسلم، فلم يجز أن يملكه الواجد وإن جهل مالكه، كما لا يملك ما وجده من ضرب الإسلام وإن جهل مالكه.
فإن قيل: فهلا كان لقطة، كما كان ضرب الإسلام لقطة؟.
قيل: ضرب الإسلام وجد في غير ملك، فكان لقطة. وهذا وجد في ملك، فلم يجز أن يكون لقطة؛ لأنه في ظاهر الحكم ملك لصاحب الملك اهـ الحاوي «كتاب الزكاة» 3/ 1366 - 1367.

ولو أن الغانم وجد في دار الحرب حديدة مصنوعة، أو ظبية موسومة كانت غنيمة[1]، لما ذكرنا من أثر الملك على ذلك الموجود، ولو احتش، أو احتطب في بلاد الحرب كان مختصاً بتمليك الحشيش والحطب[2]، إذ ليس ذلك من الغنائم، ولا مما ملكه أهل الحرب، وإنما / هو من الأموال المباحة في جميع البلاد يملك[3] (283/ب) بالاكتساب المخصوص.

مسألة (706): إذا حمل رجل على رجل[4] فارس[5] والفرس مستعار، فعقر المقصودُ المطلوبُ بفرسه[6] تحته دفعاً عن نفسه فأتلفه[7] تقرر الضمان على الراكب[8]. ولو أن المستعير أودع فتلفت العارية عند المودع، ثم بانت مستحقة تقرر الضمان على المودع الذي تلفت الوديعة في يده[9].

وإنما كان كذلك؛ لأن الراكب لما تعدى وصال[10] عرض الدابة للهلاك في المدافعة.

(1) انظر: الأم 4/ 264، وروضة الطالبين 10/ 261.

(2) انظر: الأم 4/ 264، وروضة الطالبين 10/ 261.

(3) في /أ: (ويملك).

(4) (على رجل) ساقط من / ج.

(5) في /أ، ج: (فارساً) ولعل الصواب ما أثبت.

(6) في / ج: (لفرسه).
والمعنى: أن الرجل المقصود والمطلوب بفرس الراكب أوقع العقر بالفرس.

(7) أي فأتلف الفرس.

(8) ذكر المؤلف ـ رحمه الله ـ هذه المسألة في السلسلة فقال: «لو ركب رجل دابة لغيره فصال على رجل فدفعه المقصود فصارت الدابة مقتولة في الدفع فضمان قيمتها استقر على راكبها». أ. هـ.
السلسلة. خ. ورقة 160 ـ أ.

(9) على أحد الطريقين. وهو قول المراوزة.
الطريق الثاني: في تضمينه وجهان:
أحدهما: لا يضمن، لأن يده يد أمانة.
الثاني: ـ وهو أصحهما ـ: يضمن، لثبوت يده على ما لم يأتمنه مالكه عليه.
انظر: روضة الطالبين 4/ 98، 5/ 9، والشرح الكبير 10/ 141، 11/ 252.

(10) في /أ: (فصار).

ألا ترى أن الدابة لو كانت ملكاً للراكب[1] لم يجب على ذلك القاتل ضمان الدابة[2].

أما إذا أودع المستعير فإيداعه لا يكون تعريضاً للتلف، وإنما يكون استحفاظاً، فإذا تلفت في يد المودع، ثم بانت مغصوبة كان الضمان على ذلك الحافظ.

وهل تتوجه المطالبة على العاقر، ثم يرجع على الراكب، أم لا؟ ففيه وجهان:

أحدهما: أن الضمان يتوجه عليه ولا يتقرر عليه.

والثاني: أنه لا تتوجه عليه[3] مطالبة بحال[4]، وهو الصحيح[5].

وكذلك كل شخص أكره على إتلاف مال لشخص[6]: فهو على هذا الترتيب الذي ذكرناه[7].

مسألة (707): الخراج[8] المضروب على أراضي المشركين بدلاً عن الجزية يسقط بإسلامهم[9]. والرق السابق في رقابهم

(1) في / أ: (ملك الراكب).
(2) انظر: المنثور في القواعد 2/ 329.
(3) في / أ: (أنه يتوجه عليه).
(4) (بحال) ساقط من / أ.
(5) انظر: السلسلة. خ. ورقة: 160 ـ أ.
(6) في / ج: (الشخص).
(7) في / ج: (ذكرنا).
(8) في / أ: (اخراج).
والخراج: الضريبة التي تؤخذ على الأرض. وأصله: الغلة. انظر: لسان العرب 2/ 252، وتحرير ألفاظ التنبيه / 322، وأنيس الفقهاء / 184.
(9) تكون الأرض خراجية في صورتين:
إحداهما: أن يفتح الإمام بلدة قهرا ويقسمها بين الغانمين، ثم يعوضهم عنها، ثم يقفها على المسلمين. ويضرب عليها خراجاً، كما فعل عمر ـ رضي الله عنه ـ بسواد العراق.
الثانية: أن يفتح بلدة صلحاً على أن تكون الأرض للمسلمين، ويسكنها الكفار بخراج معلوم، فهذه الأرض تكون وقفاً للمسلمين والخراج عليها أجرة لا تسقط بإسلامهم. =

بالأسر[1] باقٍ لا يزول بإسلامهم[2].

والفرق بينهما: أن الرق إذا استقر في الرقبة صار الملك ماضياً منقضياً لمن وقعت[3] في قسمته، فمنزلتها منزلة خراج استقر وجوبه بانقضاء حوله، فلا يسقط ذلك الخراج بالإسلام، [فأما سنة قابلة[4] سبقها الإسلام، فخراجها غير واجب بعد الإسلام][5]؛ لأن الإسلام[6] ينافي وجوبه، كما أن الإسلام قبل السبي ينافي وجوب الاسترقاق[7].



=وكذا لو انجلى عنها الكفار وسكنها غيرهم من المسلمين، أو الكفار، فهي أرض خراجية يؤدي خراجها من يسكنها من المسلمين أو الكفار.

فأما إذا فتحت صلحاً ولم يشترط كون الأرض للمسلمين ولكن سكنوا فيها بخراج، فهذا يسقط بالإسلام؛ لأنه جزية.

انظر: الاستغناء في الفرق والاستثناء 2/ 479 ـ 480، وروضة الطالبين 2/ 234، والمجموع 5/ 536 ـ 538، والأشباه والنظائر لابن السبكي 1/ 241.

(1) في /أ: (بالا ببصر).

(2) انظر: مختصر المزني / 271، وروضة الطالبين 10/ 298، ونهاية المطلب. خ. ج 5. ورقة: 141 ـ أ ـ ب.

(3) في /ج: (إن وقعت).

(4) في /ج: (فأما السنة القابلة).

(5) ما بين الحاصرتين مكرر في /ج.

(6) (لأن الإسلام) ساقط من /ج.

(7) انظر: مختصر المزني / 271، والوجيز 2/ 190.

كتاب الجزية

مسألة (708): الإمام إذا وظف[1] ضيافة على أهل الذمة جاز لأهل الصدقات مشاركة أهل الفيء في الارتفاق بتلك الضيافة[2].

فأما نفس الجزية المضروبة عليهم، فليس لأهل الصدقات فيها حق[3].

والفرق بينهما: أن الضيافة المضروبة عليهم إنما تكون مراعاة[4] لمصلحة المجتازين بهم، والاجتياز ليس مما[5] يختص به أهل الفيء دون أهل الصدقات، وما يؤثر عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ضرب الضيافة عليهم في بعض البلاد[6]، فكانت

(1) في / ج: (إذا وصف).
والوظيفة: ما يقدر للإنسان في كل يوم من طعام أو رزق.
ووظف الشيء على نفسه ووظفه توظيفاً: ألزمها إياه.
انظر: لسان العرب 9/ 358، والصحاح 4/ 1439.

(2) انظر: روضة الطالبين 10/ 313، ومغني المحتاج 4/ 250.

(3) انظر: الأم 4/ 140، وروضة الطالبين 10/ 317، ومغني المحتاج 3/ 93.

(4) (مراعاة) ساقط من / ج.

(5) (مما) ساقط من / أ.

(6) أخرج البيهقي من طريق الأحنف بن قيس أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ كان يشترط على أهل الذمة ضيافة يوم وليلة وأن يصلحوا قناطر وإن قتل بينهم قتيل فعليهم ديته.
وأخرج الشافعي والبيهقي من طريق أسلم مولى عمر بن الخطاب أن عمر بن الخطاب ضرب الجزية على أهل الذهب أربعة دنانير ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام.
وأخرج الشافعي والبيهقي أيضاً من طريق حارثة بن مضر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض على أهل السواد ضيافة يوم وليلة فمن حبسه مرض أو مطر أنفق من ماله».
قال الشافعي: وحديث أسلم ضيافة ثلاثة أيام أشبه؛ لأن رسول الله ـ ﷺ ـ جعل الضيافة ثلاثة أيام، وقد يكون جعلها على قوم ثلاثة وعلى قوم يوماً وليلة ولم يجعل على آخرين ضيافة كما يختلف صلحه لهم فلا يرد بعض الحديث بعضاً أ. هـ الأم 4/ 181.
وانظر: المصدر السابق 4/ 180، والسنن الكبرى للبيهقي 9/ 196.

للمجتازين[1] ـ: فالظاهر أن المجتازين ما كانوا من فريق دون فريق.

وأما[2] نفس الجزية فمنقولة إلى بيت المال وقسمها مفوض إلى الإمام، ولا يتعذر عليه في القسم تخصيص أهل الصدقات / بالصدقات، وأهل الفيء بالجزية؛ (284/أ) ولهذا المعنى الذي ذكرناه لم يجز للإمام تقسيم مال الضيافة فوق مال الجزية عليهم[3]؛ لأن الجزية لأهل الفيء على الخصوص، والضيافة لأهل الفيء والصدقات جميعاً[4].

مسألة (709): إذا ضربت عليهم الضيافة جاز الفرق فيها بين أغنيائهم وفقرائهم في عدد الأضياف، فيشترط الإمام على الغني أن يضيف في كل شهر كذا وكذا عدداً[5] والفقير دون ذلك[6].

ولا يجوز أن يفاضل بين الأغنياء والفقراء في صفة الأطعمة[7].

وإنما كان كذلك؛ لأنا لو فاضلنا في صفة الأطعمة بينهم عدل[8] الأضياف إلى الأغنياء منهم دون المتوسطين والفقراء[9]، وإذا كانت[10] المفاضلة في العدد

---

(1) في /أ: (المجتازين).

(2) في /ج: (وإنما).

(3) على أحد الوجهين.
والوجه الثاني ـ وهو الأصح ـ: أنه إذا اعتاض الإمام عن الضيافة دراهم برضاهم جاز واختصت بأهل الفيء.
انظر: روضة الطالبين 10/ 313، ومغني المحتاج 4/ 251.

(4) (جميعاً) ساقط من /ج.

(5) (عدداً) ساقط من /أ.

(6) هذا على القول باشتراطها على الفقير.
والأصح: أنها لا تشترط عليه.
انظر: روضة الطالبين 10/ 313 ـ 314، ومغني المحتاج 4/ 250.

(7) في /أ: (في صفة الأطعمة بينهم).
وانظر المرجعين السابقين.

(8) في /أ: (عند).

(9) فيجحفون بهم.

(10) في /ج: (وإن كانت).

وعلم[1] الأضياف أن صفة الطعام[2] عند الغني والفقير واحدة كان نزولهم على الفقراء، كنزولهم على الأغنياء.

مسألة (710): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «من بلغ وأمه نصرانية وأبوه مجوسي أو أمه مجوسية وأبوه نصراني[3] فجزيته جزية أبيه»[4]. فاعتبر الآباء في مقدار الجزية.

فأما في صفة[5] الكفاءة، فكذلك اعتبر الشافعي جانب الآباء[6]، ولم يعتبر جانب الأمهات[7] [8].

وأما في الحرية والرق، فقد[9] اعتبر جانب الأمهات إلا عند وجود الشرط في الغرور[10]، وإلا في الاستيلاد[11] [12]، فإن الولد حر بحرية الأب[13].

---

(1) في /أ: (فعلم).
(2) في /أ: (المقام).
(3) في /أ: (أو أبوه نصراني وأمه مجوسية).
(4) مختصر المزني /277.
وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي /267، والمنثور في القواعد 3/ 347.
(5) في /أ: (في الصفة).
(6) في /أ: (الأب).
(7) في /أ: (الأم).
(8) فالرق في الأمهات لا يؤثر، فمن ولدته رقيقة كفء لمن ولدته عربية؛ لأنه يتبع الأب في النسب.
انظر: المنثور في القواعد 3/ 347، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 562، والأشباه والنظائر للسيوطي /267، وروضة الطالبين 7/ 80.
(9) (فقد) ساقط من /ج.
(10) أي إذا تزوجها على أنها حرة فبانت أمة. فهنا وجد الشرط في الغرور لا في الحقيقة.
(11) في /أ: (في الاستيلاد) بسقوط (إلا)، وفي /ج: (إلا في الاستيلاد) ولعل الصواب ما أثبت.
(12) أي إذا استولد جاريته.
(13) سبق أن ذكر المؤلف هذه المسألة في كتاب الزكاة. راجع ج2 ص 77.
وانظر: الأم 2/ 233، 5/ 86، 6/ 102، ومختصر المزني /177، 332.

وأما في الإسلام فقد اعتبر [أحدهما لا بعينه[1].

وأما في الملك، فقد اعتبر الأم[2].

وأما في الزكاة فقد اعتبر][3] الجانبين، ولم يوجبها إلا في المتولد من النعم المحض[4] عن الطرفين[5].

وأما في تحريم اللحم فقد اعتبر[6] الطرفين جميعاً، فلم يبح لحم المتولد بين حلال وحرام[7]؛ وكذلك اعتبر في النجاسة فلم يحكم بطهارة[8] عين الولد ما لم يحدث بين طاهرين[9].

---

(1) قال الشافعي: «وإذا أسلم الحربي وله ولد صغار وأمهم كافرة، أو أسلمت أمهم وهو كافر فللولد حكم الإيمان بأي الأبوين أسلم» أ. هـ. الأم 6/ 35 ـ 36، وانظر: مختصر المزني / 318، والمنثور في القواعد 3/ 350.

(2) فولد الحر من المملوكة ملك سيدها، وكذلك ولد المملوكة من المملوك ملك لسيد المملوكة دون سيد المملوك.
قال الشافعي: «وولد أم الولد بمنزلتها يعتقون بعتقها إذا عتقت كان من حلال أو حرام» أ. هـ الأم 6/ 120.
قال أيضاً: «وملك المكاتب إذا ولدت جاريته فما ولدت جاريته مملوك..» أ. هـ الأم 8/ 58.
وانظر: مختصر المزني / 326، 332، والمنثور في القواعد 3/ 349، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني / 310.

(3) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(4) في / أ: (المختص).

(5) انظر: الأم 2/ 19، ومختصر المزني / 43، والمنثور في القواعد 3/ 346، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني / 306.

(6) في / أ: (اعتبرنا).

(7) انظر: الأم 2/ 251، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 561، والأشباه والنظائر للسيوطي / 267.

(8) في / أ: (بظهاهره).

(9) انظر: الأم 2/ 251 ـ 252، والمنثور في القواعد 3/ 351، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 564، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني / 306.

وأما في إيجاب الجزاء على المحرم فقد راعى التغليظ فأوجبه إذا كان في أحد طرفيه ما هو حلال اللحم، وإن كان الطرف الثاني حراماً[1].

وأما في الذبيحة وفي المناكحة فقد اختلف قوله فاعتبر الأب في أحد القولين، واشترط أن يتمخض كتابياً، أو كتابية في القول الثاني[2].

وأما في الدية، فقد اعتبر التغليظ أيضاً، فأوجب في المتولد بين النصراني والمجوسية، أو المجوسي والنصرانية[3] أكثر الديتين تغليظاً[4].

وكان المعنى في الجزية ما أشار إليه الشافعي ـ رحمه الله ـ: أن الرجال هم الأصول في الجزية[5].

ألا ترى أنها[6] على الرجال تضرب دون النساء[7]؛ ولذلك قلنا: إذا قبل النساء جزية لم يجز لنا أن نأخذها[8] منهن[9] إلا بعد أن يعرفهن الإمام أن الجزية / غير (284/ب)

---

(1) انظر: الأم 2/ 201، والمنثور في القواعد 3/ 350، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 564، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني / 307.

(2) قال المزني: قال الشافعي: «ولا تحل ذبيحة من ولد من وثني ونصرانية ولا من نصراني ووثنية، ولا يحل نكاح ابنتهما؛ لأنها ليست كتابية خالصة. وقال: وفي كتاب آخر: إن كان أبوها نصرانياً حلت وإن كان وثنياً لم تحل؛ لأنها ترجع إلى النسب وليست كالصغيرة يسلم أحد أبويها؛ لأن الإسلام لا يشركه الشرك والشرك يشركه الشرك» أ. هـ.
مختصر المزني / 173 ـ 174، وانظر: الأم 2/ 233 ـ 234، 5/ 56 ـ 57، والمجموع 9/ 75، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني / 309، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 561.

(3) في / ج: (والنصراني).

(4) انظر: الأم 6/ 111، ومختصر المزني / 250، والمنثور في القواعد 3/ 351، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني / 309.

(5) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في تعليله للحكم السابق في بداية المسألة: «لأن الأب هو الذي عليه الجزية لست أنظر إلى غير ذلك» أ. هـ مختصر المزني / 277.

(6) في / ج: (أنهما).

(7) انظر: الأم 4/ 175، ومختصر المزني / 277، وروضة الطالبين 10/ 302.

(8) في / ج: (نأخذ).

(9) في / أ: (منهم).

مضروبة على النساء، فحينئذٍ يطيب أخذها منهن[1]، فلما كان الرجال أصلاً في الجزية دون النساء اعتبرنا فيها[2] ـ إذا تولد الولد من[3] فريقين ـ جانب الأب، وإن كانت الجزية على عشيرة الأب دينارين ألزمنا المتولد دينارين. وأما بالنساء[4] فتكون[5] الجزية المضروبة على عشيرة[6] الأم ديناراً[7].

وأما الكفاءة فكذلك راعينا فيها جانب الآباء تغليباً[8]؛ لأن معظم معناها النسب[9]، والنسب إلى الآباء، وإن كانت الولادة إلى الأمهات، كما أن التعصيب في الآباء[10]، وولاية[11] النكاح[12] فيهم دون الأمهات[13]، وكذلك اعتبرنا المرأة في تقدير مهر مثلها بنساء أبيها دون نساء أمها[14] [15].

(1) انظر: روضة الطالبين 10/ 302، ومغني المحتاج 4/ 245.
(2) (فيها) ساقط من / ج.
(3) في / أ: (توالد الوالد بين).
(4) أي وأما إذا اعتبرنا جانب النساء.
(5) في / ج: (بأن تكون).
(6) في / ج: (عُتَيْرة) وكلاهما صواب.
وعُتَيْرة: تصغير: عِتْرة، والعِتْرة: نسل الإنسان، وأما العتيرة فهي: الذبيحة.
انظر: لسان العرب 4/ 537 ـ 538، والمصباح المنير / 391.
(7) (ديناراً) مكررة في / أ.
(8) في / أ: (فغلبنا).
(9) في / أ: (الأنساب).
(10) انظر: مغني المحتاج 3/ 19، وتحفة المحتاج مع حواشيها 6/ 409.
(11) في / أ: (ولاية) بسقوط الواو الأولى.
(12) في / ج: (نكاحهم).
(13) لأنها من توابع النسب، والنسب للآباء.
انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 267، ومغني المحتاج 3/ 345، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 565.
(14) انظر: المنثور في القواعد 3/ 347، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 562.
(15) في / أ بعد هذه اللفظة جاء بعبارة مكررة من الكلام السابق واللاحق مع وجود سقط واختلاف في بعض الألفاظ. فقال: «وأما الجزية والرق فإنما اعتبرنا فيها جانب الآباء فغلبنا؛ لأن معظم معناها الأنساب في الآباء وولاية النكاح فيهم دون الأمهات؛ ولذلك اعتبرنا المرأة في تقدير مهر مثلها بنساء أبيها دون نساء أمها».

وأما[1] الحرية والرق فإنما اعتبرنا فيها جانب الأم، لأن العلوق يحدث فيها فتكون الولادة من جانبها مشاهدة، ويكون الولد جزءاً منها فيرق[2] برقها[3] ويعتق بعتقها، ويكون مكاتباً ـ على أشهر القولين ـ إن كانت[4] الأم مكاتبة[5]، حتى يكون ولد كل ذات رحم بمثابتها في معظم الأحكام وأكثر المسائل، واستثناء الغرور عن هذه الجملة؛ لأن الشروط المباحة في العقود[6] تتضمن أحكاماً وتغير العقدعن صفة إطلاقه، فإذا اشترط حريتها فقد اشترط حرية ولده منها، فاستتبع الشرط حكم الولد في الحرية وقطعنا حكمه عن الأب والأم جميعاً، حتى حكمنا بأن ولد المملوك المغرور من المملوك حر، كما أن[7] ولد الحر المغرور [من المملوكة حر، كما أن ولد الحر المغرور][8] حر، ولو[9] استتبعه أحد الأبوين استحال عتقه والأبوان رقيقان، ولا استحال عتقه والأم مملوكة، وإن كان الأب حراً، فبان أنه في الغرور تبع الشرط لا تبع الأب ولا تبع الأم.

فأما الرجل إذا استولد جاريته، فالحكم برق الولد محال؛ لأنه لو رُقَّ لرق لأبيه[10]، والأبوة وملك الولد متنافيان[11]، فلما استحال أن يخلق رقيقاً لاقتران المعنى المنافي بأصل الفطرة خلق حراً، ثم لما خلق حراً ثبت للأم بحقيقة حرية[12]

---

(1) في /ج: (فأما).
(2) في /أ: (فرق).
(3) (برقها) ساقط من /أ.
(4) في /أ: (وإن كانت).
(5) إذا كان الولد من أجنبي وحدث بعد الكتابة.
انظر: الأم 8/58، ومختصر المزني /326، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/557، والأشباه والنظائر للسيوطي /269.
(6) في /أ: (في العقوبة).
(7) (أن) ساقط من /أ.
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(9) في /ج: (فلو).
(10) في /ج: (أبيه).
(11) في /أ: (متباينان).
(12) في /أ: (الحرية).

الولد حق حرية، يتحقق ذلك الحق بموت السيد الذي أودعها بالإحبال هذه الحرية[1]، وهذا معنى قول رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «أعتقها ولدها»[2].

وعلى[3] هذا الأصل جعلنا ولد المكاتب من أمته تبعاً له في الرق والحرية[4]، حتى يكون حكم الولد في الاستيلاد حكم الوالد، فإذا كان الوالد مكاتباً كان الولد مثله، وإذا كان / حراً كان حراً مثله. (285/أ)

وأما الإسلام فيعلو ولا يعلى، على لسان رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم[5] ـ فمتى وجد الإسلام في أحد الطرفين ولم يكن بد من تغليب إحدى[6] الملتين استحال تغليب الكفر، فغلبنا الإسلام وأعطينا الولد حكمه، حتى أتبعناه السابي إذا سبى ولم يكن تبعه في السبي أحد أبويه[7].

---

(1) سبق أن ذكر المؤلف ـ رحمه الله ـ في كتاب الزكاة أن الولد يتبع أمه في الحرية والرق واستثنى مسألتين.
انظر: جـ2 ص 77.

(2) حديث: أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال في مارية: أعتقها ولدها.
أخرجه ابن ماجة من حديث ابن عباس بلفظ: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقال: أعتقها ولدها.
وأخرجه البيهقي في كتاب «عتق أمهات الأولاد» 10/ 346.
والحاكم في المستدرك في كتاب «البيوع» 2/ 19 وسكت عنه.
والدارقطني 4/ 131.
قال ابن حجر في تلخيص الحبير 4/ 218: «وفي إسناده حسين بن عبدالله وهو ضعيف جداً».
وقال الزيلعي في نصب الراية 3/ 287: «والحديث معلول بابن أبي سبرة وحسين فإنهما ضعيفان».

(3) في /أ: (علي) بدون الواو قبلها.

(4) في /جـ: (في الحرية والرق).

(5) سبق تخريج الحديث في جـ2 ص 81.

(6) في /أ، جـ: (أحد)، ولعل الصواب ما أثبت.

(7) إذا سبي الصبي وحده حكم بإسلامه تبعاً للسابي، وإذا كان معه أحد أبويه، فهو على دينهما.
انظر: مختصر المزني / 274، وروضة الطالبين 10/ 252.

فأما الملك فإنا[1] اعتبرنا فيه جانب الأمهات، [إلا أن يكون الأب عربياً على أحد[2] القولين[3]][4]؛ لأن الولد بالعلوق يصير متصلاً بالأم، ولا تتصور هذه الصورة إلا في جانبها، وكذلك[5] حكمنا بأن ولد الحر من المملوكة [ملك سيدها، وكذلك ولد المملوك من المملوكة ملك سيد المملوكة][6] دون سيد المملوك[7]، وكذلك إذا نزا فحل من البهائم على الأنثى[8] كان الولد[9] ملك مالك الأنثى، لا ملك مالك الفحل[10].

وأما الزكاة فقد غلب الشافعي إسقاطها في المتولد بين الظبا والغنم[11] على الإيجاب[12]؛ لأن الأصل عدم الوجوب؛ ولأن المواساة معتبرة فيها، وليس من المواساة التغليظ، وقد[13] قلنا: إذا كانت معلوفة في شهر سائمة في

---

(1) في / أ: (فإنما).

(2) (أحد) ساقط من / أ، وهي زيادة لا يستقيم الحكم إلا بها.

(3) فيكون الولد حراً تبعاً لأبيه بناء على أن العرب لا يسترقون وهو أحد القولين.
أما على القول الثاني، وهو: أنهم يسترقون فيكون تبعاً لأمه.
انظر: المنثور في القواعد 3/ 349، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني / 310، والمعاياة. خ. ورقة: 105 ـ أ.

(4) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(5) في / ج: (فكذلك).

(6) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.

(7) انظر: المنثور في القواعد 3/ 349، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الثاني / 310.

(8) في / أ: (على انثى).

(9) (الولد) ساقط من / ج.

(10) انظر: المنثور في القواعد 3/ 349، وروضة الطالبين 5/ 66.

(11) في / ج: (والنعم).

(12) قال الشافعي: «ولو كانت لرجل غنم فنزتها ظباء فولدت لم تعد الأولاد مع أمهاتها بحال ولو كثر أولادها حتى تكون مائة أو أكثر لم يكن فيها زكاة؛ لأنه لا زكاة في الظباء، وكذلك لو كانت له ظباء فنزتها تيوس فولدت لم يؤخذ منها صدقة وهذا خلط ظباء وغنم» أ. هـ.
الأم 2/ 19، وانظر: مختصر المزني / 43.

(13) في / ج: (فقد).

أحد[1] عشر شهراً، فالزكاة ساقطة، وجانب الإسقاط مغلب فإذا كان في أحد الطرفين وحش، وفي الطرف الثاني نعم كانت الزكاة ساقطة تغليباً للإسقاط.

وجرى الشافعي ـ رحمه الله ـ في استحقاق السهم مع سائر العلماء هذا المجرى، فلم يثبتوا للبغل في المغانم سهماً لما[2] تولد بين حيوانين يستحق السهم بأحدهما ولا يستحق بالثاني[3].

وأما تحريم اللحم، فالتغليظ فيه أولى؛ لأن الأصل في الحيوانات[4] التحريم، وإذا[5] امتزج التحريم والتحليل غلبنا التحريم[6] على التحليل[7]، وكذلك غلب الشافعي ـ رحمه الله ـ حكم النجاسة تغليظاً، فحكم بنجاسة عين الولد المتولد بين الكلب والذئب، أو بين الخنزير والذئب، وممازجة النجاسة كممازجة التحريم سواء.

وأما وجوب الجزاء، فلما كان حكم[8] الإحرام على نهاية التغليظ فيما بين العبادات وكان مبايناً لها في التأكيد واللزوم أوجبنا جزاء المختلط إذا قتله المحرم، وإن كان لحمه بالاختلاط حراماً، وإن كان الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ لا يوجب الجزاء إلا فيما كان لحمه حلالاً[9].

---

(1) في / أ: (احدى).
(2) في / أ: (لم).
(3) انظر: الأم 4/ 145.
ونقل الإجماع على ذلك ابن المنذر وابن قدامة.
انظر: الاجماع / 60، والمغني 8/ 409.
(4) في / أ: (الحيوان).
(5) في / أ: (فإذا).
(6) (والتحليل غلبنا التحريم) ساقط من / أ.
(7) انظر هذه القاعدة في: الأم 2/ 201، والمنثور في القواعد 1/ 125، والأشباه والنظائر للسيوطي / 105.
(8) (حكم) ساقط من / أ.
(9) إذا كان غير متولد، قال الشافعي: «وكل ما لا يؤكل لحمه فلا يفديه المحرم» أ. هـ الأم 2/ 200، وانظر: مختصر المزني / 72.

واختلف قوله في الذبيحة والمناكحة لمثل هذه النكتة، فاعتبر تغليظ الحكم ـ لما كان أصل الأبضاع وأصل الذبائح على التحريم ـ إلى أن يستباح بطريق الاستباحة، فلما وجدنا في أحد الطرفين ما يوجب التحريم أوجبنا التحريم، فتارة يتبع الولد الأم، وتارة يتبع الأب، ولا يجيز مناكحتها[1] ما لم تكن كتابية محضة، ولم يجعلها كالصغيرة يسلم أحد أبويها؛ لأن الإسلام لا يشركه الشرك، والشرك يشركه/ (285/ب) الشرك. وهذا أصح القولين، [واعتبر الأب في القول الثاني][2] من حيث كان الولد في النسب، وفي الكفاءة سمي إلى الأب دون الأم.

وأما في الدية[3] فإنها بدل دم[4] وحكم الدماء على التغليظ[5] ما أمكن لا على التخفيف؛ ولهذا جعل الشافعي[6] ـ رضي الله عنه ـ دية[7] الجنين المقتول معتبرة[8] بأغلظ الأبوين دية.

مسألة (711): زكاة المال لا تجب إلا ببقاء المال من أول الحول[9] إلى آخره[10].

والاعتبار في تفاوت الجزية على الغني والفقير بآخر الحول، ولا يعتبر فيهما[11] جميع الحول[12].

والفرق بينهما: أن الحول في الزكاة للتقلب والتصرف في المال، يستنميه

(1) في /أ: (ولا يجز مناكحها المسلم).
(2) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(3) في /أ: (وأما الدية).
(4) في /أ: (تدل على دم).
(5) في /أ: (على التغليب).
(6) في /أ: (الشا).
(7) (دية) ساقط من /ج.
(8) (معتبرة) ساقط من /أ.
(9) في /أ: (من أوله).
(10) انظر: المجموع 5/ 361، والشرح الكبير 5/ 489، وروضة الطالبين 2/ 186.
(11) في /أ: (فيها).
(12) انظر: روضة الطالبين 10/ 312، ومغني المحتاج 4/ 249.

ويستفضله، ويواسي الفقراء إذا احتمل المال المواساة منه[1]، ولا يتمكن[2] من كمال التقليب والتصرف إلا ببقاء المال مدة الحول، بخلاف الجزية المضروبة عليهم فإنه يوفر عليهم مقصودها طول الحول[3] من حقن[4] الدماء وسكنى[5] الدار وكف الأيدي عنهم وعن حريمهم، فإذا[6] كانوا عند وجوب الأخذ[7] بصفة الغنى ثبت لهم حكم الأغنياء وإن لم تدم هذه الصفة في جميع الحول لهم. والله أعلم.

مسألة (712): كنائس بلاد العنوة[8] مهدومة[9]، وإن فتحنا بلدة صلحاً على أن تكون الأراضي لهم وفيها كنائس تركناها على حالها، ولم نهدمها[10]، وإن كانت البلدة في قعر بلاد الإسلام[11].

والفرق بينهما: أنها إذا كانت مفتوحة عنوة كانت رقاب الأراضي أملاكاً للمسلمين[12]، ومن ملك أرضاً تصرف فيها تصرف الملاك، ومن المحال أن

(1) (المال المواساة منه) ساقط من / ج.
(2) في / أ: (ولا يمكن فيه).
(3) في / ج: (الحياة).
(4) في / أ: (حق).
(5) في / أ: (وتسكين).
(6) في / ج: (وان).
(7) في / أ: (وجود الأجل).
(8) في / أ: (العدو).
(9) على أصح الوجهين. وقطع به جماعة.
الوجه الثاني: يقرون عليها؛ لأن المصلحة قد تقتضي ذلك.
ومحل الخلاف في القائم عند الفتح. أما المنهدمة، أو التي هدمها المسلمون فلا يقرون عليها قطعاً.
انظر: روضة الطالبين 10/ 323، ومغني المحتاج 4/ 354، ونهاية المحتاج 8/ 99.
(10) في / أ: (لم نهدمها) بسقوط الواو قبلها.
(11) انظر: المراجع السابقة.
(12) في / ج: (أملاك المسلمين).

يستبقي المسلم كنيسة لا يهدمها[1]، أو لا يغير صفتها في الاستعمال والانتفاع؛ ولهذا[2] لا يجوز في بلاد العنوة تمكين أهل الذمة من استحداث البيعة[3] والكنيسة[4]، بخلاف ما إذا كانت مفتوحة صلحاً[5] ـ لأن ملك الأراضي لهم دون المسلمين، فلا يجوز أن يهدم عليهم ما كان فيها من الكنائس[6] والبيع؛ ولهذا قلنا: إنه لو أرادوا أن يستحدثوا كنيسة في قرية استخلصوا ملكها وانفردوا بسكناها كانوا غير ممنوعين، وعلى هذا تطويل البنيان إذا قصدوه[7]، والله أعلم.

مسألة (713): الرجل إذا سكن داراً على حكم إجارة فاسدة وجب عليه[8] أجرة مثلها[9]، ويختلف ذلك باختلاف سكناها، فإن سكنها وحده كان أجرة مثلها أقل من أن يسكنها مماليكه ودوابه وأمواله.

وعقد[10] الجزية إذا كان على مسمى فاسد[11] لم يجب على الذمي المسمى

(1) في / ج: (ولا يهدمها).
(2) في / ج: (وهذا).
(3) البيعة، بالكسر. كنيسة النصارى، وقيل: كنيسة اليهود.
وهو المراد هنا؛ لأن الكنيسة: للنصارى.
انظر: لسان العرب 8/ 26، والصحاح 3/ 1189.
(4) انظر: روضة الطالبين 10/ 323، ومغني المحتاج 4/ 254، ونهاية المحتاج 8/ 99.
(5) فلا يمنعون من استحداثها على الأصح.
انظر: المراجع السابقة.
(6) في / أ: (ما كان كنيسة من الكنائس).
(7) فإذا كان أهل الذمة في موضع منفرد منقطع عن العمارة، فلا منع من رفع البناء على الصحيح.
انظر: روضة الطالبين 10/ 325، ومغني المحتاج 4/ 255، ونهاية المحتاج 8/ 100.
(8) في / ج: (عليهم).
(9) انظر: روضة الطالبين 10/ 309، والأشباه والنظائر للسيوطي / 363.
(10) في / أ: (عقد) بسقوط الواو قبلها).
(11) في / أ: (إذا كانت فاسدة).

الكثير، وإنما يلزمه دينار[1] للسنة، وسواء ارتفق ببلاد الإسلام بنفسه أو أكثر ارتفاقه بالدار؛ لكثرة مواشيه، ومماليكه[2].

والفرق بين الأصلين: أن الإجارة إذا فسدت وتعذر اعتبار المسمى فيها لم نجد أصلاً / آخر في التقدير نعتمده ونعتبره، فلم نجد بداً من الرجوع إلى تقويم[3] (286/أ) المنافع قيمة مثلها، بخلاف الجزية فإنا[4] قد وجدنا أصلاً مقدراً بالشرع وهو قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لمعاذ بن جبل[5]: «خذ من كل حالم ديناراً»[6] فإذا فسد

(1) في / ج: (ديناراً).
(2) انظر: روضة الطالبين 10/ 298، والمنثور في القواعد 3/ 8.
(3) في / أ: (تقديم).
(4) في / أ: (فإذا).
(5) هو أبو عبد الرحمن معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس بن عائذ بن عدي بن كعب الأنصاري الخزرجي، الإمام المقدم في علم الحلال والحرام، أسلم وهو ابن ثماني عشرة سنة وشهد العقبة الثانية مع السبعين من الأنصار ثم شهد بدراً والمشاهد كلها مع رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وآخى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ بينه وبين عبدالله بن مسعود، وعده أنس بن مالك فيمن جمع القرآن على عهد رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ بعثه النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قاضياً إلى الجند باليمن يعلم الناس القرآن وشرائع الإسلام ويقضي بينهم وجعل إليه قبض الصدقات.
روي له عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ مائة حديث وسبعة وخمسون حديثاً اتفق البخاري ومسلم على حديثين وانفرد البخاري بثلاثة ومسلم بحديث.
توفي في طاعون عمواس بالشام سنة ثماني عشرة وقيل سبع عشرة والأول قول الأكثر، وعاش أربعاً وثلاثين سنة وقيل غير ذلك.
انظر: أسد الغابة 4/ 376، والاصابة 3/ 426، والاستيعاب 4/ 355، وتهذيب الأسماء واللغات 2/ 98.
(6) حديث أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لما وجه معاذاً إلى اليمن أمره أن يأخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعاً أو تبيعة، ومن كل أربعين مسنة، ومن كل حالم ـ يعني محتلماً ـ ديناراً أو عد له من المعافر، ثياب تكون باليمن.
أخرجه من حديث مسروق عن معاذ: أبو داود واللفظ له ـ في كتاب «الزكاة» باب «في زكاة السائمة» حديث (1576)، والترمذي في كتاب «الزكاة» باب «ما جاء في زكاة البقر» حديث (623) وقال: هذا حديث حسن. =

المسمى بفساد في العقد[1] رجعنا إلى ما قدره صاحب الشريعة.

والذي يدل على ما قلنا: أن من أكرى[2] داره فأصل الكراء غير مقدر له في عقده، فإن شاء أكراها بالقليل وإن شاء أكراها بالكثير، وليست الجزية كذلك؛ لأن الإمام لو أراد أن ينقص أقل الجزية عن دينار لم يجد إليه[3] سبيلاً، وأقلها مقدر كسائر المقادير الشرعية التي لا يجوز النقصان عنها[4].

مسألة (714): إذا غرم الإمام للزوج الحربي مهر امرأته المهاجرة غرم له المسمى[5]، سواء كان المسمى أقل من مهر المثل، أو أكثر[6].

وإذا غرم له شهود الزور في التفريق عند رجوعهم عن الشهادة بعد المسيس غرموا مهر المثل، ولا اعتبار بالمسمى[7].

=وأخرجه أيضاً النسائي في كتاب «الزكاة» باب «زكاة البقر» حديث (2298)، والحاكم في المستدرك 1/ 398 وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وقال الذهبي: على شرطهما. قال ابن حجر في تلخيص الحبير: «وقال أبو داود: هو حديث منكر، قال: وبلغني عن أحمد أنه كان ينكره، وذكر البيهقي الاختلاف فيه، فبعضهم رواه عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق: أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لما بعث معاذاً. وأعله ابن حزم بالانقطاع، وأن مسروقاً لم يلق معاذاً، وفيه نظر. وقال الترمذي: حديث حسن، وذكر أن بعضهم رواه مرسلاً، وأنه أصح» أ. هـ.
تلخيص الحبير 4/ 122، وانظر: نصب الراية 3/ 445 ـ 446.

(1) في /أ: (بفساد العقد).
(2) في /ج: (اكترى).
(3) في /أ: (إليها).
(4) انظر: الأم 4/ 179، ومغني المحتاج 4/ 248، وروضة الطالبين 10/ 311.
(5) في /أ: (وغرم له المسمى كان المسمى).
(6) وعلى قول مرجوح يغرم مهر مثلها.
انظر: روضة الطالبين 10/ 340، والوجيز 2/ 204، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 866، والأشباه والنظائر للسيوطي / 367.
(7) على القول المشهور.
انظر: مختصر المزني / 312، وروضة الطالبين 11/ 300، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 866.

والفرق بينهما: أن الغرامة على شهود الزور معللة بالتفويت معلقة به؛ لأن الشهود بشهادتهم[1] قد[2] فوتوا على الزوج بضع المرأة، فغرموا قيمة ما أتلفوا، كمن أتلف سلعة على من ابتاعها، فإنه يغرمها بقيمة مثلها[3] ولا [يغرمها بما كان مسمى في أصل ابتياعها[4].

وأما الإمام فليس][5] يغرم ما يغرم للتفويت؛ لأنه ما فوت شيئاً على الزوج، وإنما فات البضع بالإسلام، ولكن المهادنة السابقة والمعاهدة[6] الحادثة[7] بين الإمام وبينهم ألزمته[8] وفاء في النساء على وجه الإمكان، ومن[9] الوفاء أن يوصّل ذلك الحربي إلى ما أنفق على تلك[10] المرأة، وهذا معنى قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُوا۟ۚ﴾[11].

وكذلك أيضاً في الجانب الثاني وهو جانب المسلم[12] إذا فاتته زوجته والتجأت إلى المشركين فمنعوها في زمان[13] الهدنة فعليهم أن يغرموا للزوج ما أنفق، وليس

(1) في /أ: (لشاهدتهم).
(2) (قد) ساقط من /أ.
(3) (مثلها) ساقط من /ج.
(4) انظر: المجموع 9/ 220.
(5) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(6) في /ج: (والمعادة).
(7) في /أ: (الجارية).
(8) في /ج: (الزمه).
(9) في /أ، ج: (من) بدون واو. والصواب زيادتها.
(10) في /أ: (ملك).
(11) والآية من أولها قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُوا۟ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ وَسْـَٔلُوا۟ مَآ أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْـَٔلُوا۟ مَآ أَنفَقُوا۟ ذَٰلِكُمْ حُكْمُ ٱللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿١٠﴾﴾ الآية (10) من سورة الممتحنة.
(12) (المسلم) ساقط من /ج.
(13) في /ج: (من زمان).

عليهم[1] أن يغرموا مهر مثلها[2].

ويتفرع على هذا الأصل مسألة أخرى وهي: أن زيداً إذا كان له على[3] عمرو مال، وكان[4] لعمرو على زيد مال استحال المقاصّة[5] بينهما مع اختلاف المستحقين[6]، وإنما تتصور المقاصة إذا كان لزيد على عمرو مثل ما لعمرو على زيد[7].

ومثل ذلك [في المهادنة غير محال، بل إذا هربت امرأة رجل مسلم[8] إلى المشركين وهربت امرأة أخرى إلى][9] المسلمين ـ والمسمى في أحد العقدين مثل قدر المسمى في العقد الثاني ـ جاز[10] لنا إذا منعوا أن نمنع[11]، وربما لم يكن[12] المنع في المشركين[13] من جهة الحربي الذي منعناه زوجته.

وإنما كان كذلك؛ لأن العقد بيننا وبينهم في كثير من الأحكام يباين[14] العقد

---

(1) (عليهم) ساقط من /أ.
(2) انظر: الوجيز 2/ 205، ومغني المحتاج 4/ 265.
(3) (على) ساقط من /أ.
(4) (وكان) ساقط من /أ.
(5) المقاصة: إذا كان لك عليه دين مثل ما له عليك، فجعلت الدين في مقابلة الدين. انظر: المصباح المنير / 505، ولسان العرب 7/ 76.
(6) في /أ: (مع الاختلاف والمستحقين).
(7) انظر: الأم 7/ 121، والمنثور في القواعد 1/ 394.
(8) (مسلم) ساقط من /ج.
(9) ما بين الحاصرتين مكرر في /ج مع اختلاف لفظ امرأة فقد جاء بها بلفظ: (المرأة) ثم صححه في العبارة الثانية باللفظ المثبت، وكذلك زاد في آخر العبارة الأولى بعد لفظه: (إلى) لفظة (المشركين).
(10) في /ج: (بحاز).
(11) انظر: الأم 4/ 194، وروضة الطالبين 10/ 348، والمنثور في القواعد 1/ 396، والوجيز 2/ 205.
(12) في /أ: (وربما يكون).
(13) في /أ: (من المشركين).
(14) في /أ: (بيان).

(286/ب) بيننا وبين المسلمين/[1]، والمهادنة عقد عموم وإن جرت بين رئيسين[2]، وليست من عقود الخصوص، فنزلنا المشركين فيها منزلة الشخص الواحد.

والدليل على الفرق بين عقودهم وبين[3] عقود غيرهم ما حرره الشافعي - رضي الله عنه - في مسألة دلالة الصلح على القلعة من الجهالة في الصلح على الجارية المجهولة المبذولة بالدلالة قبل الحيازة وقبل الإحاطة[4]، ومثل هذا العقد ممتنع بين المسلمين[5] [6].

مسألة (715): إذا هاجرت إلينا حربية مسلمة وزوجها مملوك وذلك في زمان الهدنة، فجاء زوجها يسترجعها لم نردها إليه ولم نغرم مهرها[7]، بخلاف

---

(1) في /أ: (المسلم).

(2) في /ج: (بين المسلمين).

(3) (بين) ساقط من /ج.

(4) قال الشافعي - رحمه الله -: «في علج دل قوماً من المسلمين على قلعة على أن يعطوه جارية سماها فلما انتهوا إلى القلعة صالح صاحب القلعة على أن يفتحها لهم ويخلوا بينه وبين أهله، ففعل فإذا أهله تلك الجارية فأرى أن يقال للدليل إن رضيت بالعوض عوضناك قيمتها وإن لم ترض العوض، فقد أعطينا ما صالحناك عليه غيرك، فإن رضي العوض أعطيه، وتم الصلح، وإن لم يرض العوض قيل لصاحب القلعة قد صالحنا هذا على شيء صالحناك عليه بجهالة منا به فإن سلمت إليه عوضناك منه وإن لم تسلمه إليه نبذنا إليك وقاتلناك وإن كانت الجارية قد أسلمت قبل أن يظفر بها، فلا سبيل إليها ويعطى قيمتها، وإن ماتت عوض منها بالقيمة، ولا يبين في الموت، كما يبين إذا أسلمت» أ. هـ الأم 4/ 285، وانظر: مختصر المزني / 272.

(5) في /أ: (بين الشريكين والمسلمين).

(6) فلو قال مسلم: أدلك على أن تعطيني منها جارية كذا، أو ثلث ما فيها لم يصلح على أحد الوجهين؛ لأن فيه نوع غرر فلا تحتمل مع المسلم الملتزم للأحكام بخلاف الكافر، فإن الحاجة تدعو إليه؛ لأنه أعرف بقلاعهم وطرقهم غالباً، وهذا هو الأصح عند إمام الحرمين.
الوجه الثاني: أنه يجوز للحاجة، فقد يكون المسلم أعرف، وهو أنصح؛ ولأن العقد متعلق بالكفار. وصحح هذا الزركشي والسيوطي. انظر: روضة الطالبين 10/ 285، والمنثور في القواعد 3/ 10، والأشباه والنظائر للسيوطي / 284.

(7) انظر: روضة الطالبين 10/ 343 - 344، وتهذيب الأحكام. خ. ج 4 ورقة: 159 - أ.

الزوج الحر[1]؛ لأن الحر هو المالك للمهر، والعبد ليس بمالك، وإنما الملك لسيده؛ ولهذا لو جاء سيد العبد دون العبد لم نغرم شيئاً ـ أيضاً[2] ـ حتى يحضرا معاً[3].

والفرق بينهما: أن السيد إذا جاء دون المملوك، فالمنع غير محقق[4]؛ لأن الزوج هو الممنوع، وهو غير طالب، فكيف يتحقق المنع؟.

ولهذا قلنا: لو مات الزوج قبل الطلب، فليس للورثة طلب المهر[5]، ولو قدم الزوج، فلم[6] يظهر طلباً حتى مات، أو ماتت، فلا مهر[7]، إذ لا منع إلا بعد الطلب. فإذا حضرا معاً، فالمنع[8] صار حقيقة لطلب الزوج، والمستحق للمال صار حاضراً، وهو السيد، فلا بد من[9] أن يغرم الإمام مهرها الذي آتاها.



(1) فإنا نغرم المهر على أحد القولين.
انظر: روضة الطالبين 10/ 343، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 159 ـ أ.
(2) في /أ: (أيضاً شيئاً).
(3) انظر: روضة الطالبين 10/ 344، وتهذيب الأحكام. خ. ج 4. ورقة: 159 ـ أ.
(4) في /ج: (مستحق).
(5) انظر: روضة الطالبين 10/ 344، والمهذب 2/ 262.
(6) في /أ: (ولم يظهر).
(7) انظر المرجعين السابقين.
(8) في /ج: (والمنع).
(9) (من): ساقط من /ج.

كتاب الصيد والذبائح

مسألة (716): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو أرسل مسلم ومجوسي كلبين متفرقين، أو طائرين، أو سهمين، فقتلا فلا يحل أكله»[1].

واختلف قوله في ذبيحة المتولد بين اليهودي والمجوسية، فأباحها في قول وحرمها في قول[2].

والفرق بين المسألتين: أن الإرسال في الكلبين، أو الطائرين فعلان تصورا من كل واحد منهما مشاهدة ومعاينة، فلا سبيل فيهما إلى التغليب، والترجيح، فلا بد من التشريك[3]، والأصل هو[4] تحريم الصيد والذبيحة[5]، فإذا[6] امتزج من الفعل بجنسه ما يوجب التحريم والتحليل غلبنا التحريم[7] على التحليل[8]، بخلاف المتولد فإنه ليس هناك معنى التحريم في عين فعله من جهة المشاهدة، ولكنه مخلوق من أصلين مختلفين يمكن تغليب أحدهما على الثاني، فإذا كان الأب

(1) انظر: مختصر المزني / 281، والأم 2/ 227.

(2) تقدم ذكرها.
انظر ص: 533.

(3) في /أ: (الشريك).

(4) (هو) ساقط من / ج.

(5) الأصل المستصحب هنا عدم حل الصيد، أو الذبيحة إلا بالذكاة، أما جنس الحيوان من جهة الأكل وعدمه، فالأصل في الأشياء عند الشافعي على الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم.
انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 60، 73، والمنثور في القواعد 1/ 176، 2/ 290، والقواعد للحصني القسم الأول 1/ 246، 271، والمجموع 9/ 75، وروضة الطالبين 3/ 271.

(6) في / ج: (إذا).

(7) (والتحليل غلبنا التحريم) ساقط من / ج.

(8) انظر هذه القاعدة في: المنثور في القواعد 1/ 125، والأشباه والنظائر للسيوطي / 105.

ممن تحل ذبيحته جاز تغليب جانبه؛ لانتساب الأولاد إلى الآباء فغلبنا ـ في أحد القولين ـ جانب الأب إذا كان كتابياً، وحكمنا بتحليل الذبيحة.

مسألة (717): إذا جرح رجل رجلاً، فماطلته الجراحة وتمادت[1] زماناً طويلاً، ثم مات أسندنا في الحكم موته /إلى تلك الجراحة وإن (287/أ) تطاولت المدة[2] [3].

وإذا جرح صيداً، فغاب عن بصره زماناً، ثم أدركه وهو ميت، فالصيد حرام على أحد القولين[4]، ولا يستند موته إلى الجراحة السابقة.

والفرق: أن الأصل في الصيد[5] التحريم[6]، فيتوقف[7]، واختلف قوله[8] في

---

(1) (وتمادت) ساقط من /أ.

(2) (المدة) ساقط من /أ.

(3) ووجب القصاص.
انظر: الأم 6/ 12، ومختصر المزني / 238، وروضة الطالبين 9/ 124.

(4) **والقول الثاني**: إنه حلال.
قال النووي: قلت: «الحل أصح دليلاً، وصححه أيضاً الغزالي في الإحياء، وثبتت فيه الأحاديث الصحيحة، ولم يثبت في التحريم شيء، وعلق الشافعي الحل على صحة الحديث» أ. هـ، روضة الطالبين 3/ 253 ومن الأحاديث الثابتة في ذلك حديث عدي بن حاتم عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: «وإن رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس به إلا أثر سهمك فكل، وإن وقع في الماء فلا تأكل» رواه البخاري. وهذا كله إذا لم ينتهِ إلى حركة المذبوح ولم يوجد عليها أثر جراحة أخرى.
فإن انتهى إلى حركة المذبوح بالجرح حل، ولا أثر لغيبته.
أما إن كان به أثر جراحة أخرى لم يحل.
انظر: الأم 2/ 228، ومختصر المزني / 281، والمجموع 9/ 117، وروضة الطالبين 3/ 252 ـ 253، والقواعد للحصني القسم الأول 1/ 243، وصحيح البخاري كتاب «الذبائح والصيد» باب «الصيد إذا غاب عنه يومين، أو ثلاثة» حديث (17).

(5) في /ج: (أن أصل الصيد).

(6) تقدم بيان ذلك في المسألة السابقة.

(7) (فيتوقف) ساقط من /ج.

(8) أي قول الشافعي.

تحليله على نفس سبب[1] التحليل، وإذا غاب عن بصره والجراحة لم تكن ذابحة[2]، ثم صادفه ميتاً بعد حين احتمل أن يكون موته بسراية تلك الجراحة، واحتمل أن يكون بسبب سواها، فلذلك حرمناها ولو أن رجلاً ذبح شاة من قفاها، فقطع حلقومها ومريئها فيحتمل أن تكون الشاة قد صارت إلى حركة[3]، المذبوح بجراحة القفا قبل وصول السكين إلى الحلقوم والمريء[4] وهو حرام[5]؛ لأن اليقين لا يترك بالشك، فكذلك في هذه المسألة[6].

فأما إذا جرح آدمياً وبقيت الجراحة دامية، فهي سبب ظاهر في إسناد القتل إليه [ليس في مقابلته ظاهر مثله، ولم نجد بداً من إسناد القتل إليه][7] فأسندناه إلى فعله وجعلناه قاتلاً.

مسألة (718): إذا أرسل كلبه، أو سهمه، فأصاب الصيد، ولم يصب المقتل فأدركه حياً، فمد[8] يده إلى السكين فنشبت[9] في الغمد حتى فات ذبحه كان

---

(1) (نفس سبب) ساقط من / أ.
(2) (ذابحة) مكررة في / ج.
(3) في / أ: (إلى جراحة).
(4) في / ج: (إلى المريء والحلقوم).
(5) انظر: المجموع 9/ 87، وروضة الطالبين 3/ 202.
(6) قال ابن القاص في التلخيص: ولا يزول اليقين بالشك إلا في إحدى عشرة مسألة. وذكر منها: رجل رمى صيداً، فجرحه، فغاب عنه، فلحقه ميتاً والسهم فيه، فشك فيه هل أصابته رمية أخرى من حجر أو غيره لم يجز له أكله.
ونازعه القفال في استثنائها: بأنه لم يترك اليقين فيها بالشك وإنما عمل فيها بالأصل الذي لم يتحقق شرط العدول عنه، ففي هذه المسألة لم يترك يقين بشك؛ لأن الأصل التحريم، وقد شككنا في الإباحة.
انظر: التلخيص. خ. ورقة: 8 ـ ب ـ 9 ـ أ، والمجموع 1/ 211 ـ 213، والأشباه والنظائر للسيوطي / 72 ـ 73.
(7) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(8) في / أ: (مد).
(9) نشب: الشيء في الشيء، بالكسر نشباً ونشوباً: علق فيه.
انظر: لسان العرب 1/ 757، والصحاح 1/ 224.

حراماً[1]، وكذلك لو كان[2] نسي سكينه[3]، أو سقط في الطريق[4].

ولو أنه[5] سل السكين ووضعه على حلقومه منكوساً يمره إمراراً[6] حتى فات ذبحه، فكذلك هو حرام[7]، وكذلك[8] لو كان كليلاً[9] [10].

فأما إذا كان حديداً[11]، فوضعه على الحلق، فسبق الموت الذكاة والصيد في يده مقدور على ذبحه، فهو حلال[12].

والفرق بين الجملتين: أن الذبح إذا فات مع الإصابة في وضع السكين الحديد، فليس من جهته تفريط في قصد الذبح حتى فات الذبح بسراية الجراحة السابقة، فصار كما لو مات بها قبل إدراكه وهو يعدو على أثره، فيحكم بتحليله[13].

---

(1) على أصح الوجهين.
الوجه الثاني: أنه حلال وهو قول أبي علي بن أبي هريرة والطبري؛ لأنه معذور.
انظر: المجموع 9/ 116، وروضة الطالبين 2/ 241.

(2) (كان) ساقط من / أ.

(3) السكين: تذكر وتؤنث. قال الجوهري: والغالب عليه التذكير.
انظر: الصحاح 5/ 2137، ولسان العرب 13/ 211.

(4) انظر: المجموع 9/ 116، وروضة الطالبين 3/ 241.

(5) في / ج: (فلو أنه).

(6) في / أ: (يمره امرارة)، وفي / ج: (يمره أو أمراه) ولعل الصواب ما أثبت.

(7) انظر: المجموع 9/ 116، وروضة الطالبين 3/ 242.

(8) (وكذلك) ساقط من / أ.

(9) في / أ: (كلباً).

(10) يحل الذبح بالسكين الكالة بشرطين:
أحدهما: أن لا يحتاج القطع إلى قوة الذابح.
والثاني: أن يقطع الحلقوم والمريء قبل انتهائها إلى حركة المذبوح.
انظر: مغني المحتاج 4/ 272.

(11) في / أ: (حديد).
ومرجع الضمير إلى السكين.

(12) انظر: المجموع 9/ 115 ـ 116، وروضة الطالبين 3/ 341.

(13) انظر: روضة الطالبين 3/ 341 ـ 342، والمجموع 9/ 115 ـ 116.

فأما في سائر[1] المسائل التي ذكرناها، فالصائد مقصر[2] في الاستعداد وإعداد الآلة لذلك الفعل، فصار كما لو مات في يده وهو مقدور على[3] ذبحه من غير قصد ذبحه[4]، فكذلك إذا قصد الذبح مقصراً في آلته.

مسألة (719): الأعمى إذا أرسل سهماً على صيد لما سمع حس الصيد، أو صوته فأصابه، فقتله برميه كان حلالاً.

وإن أرسل الكلب، فقد قال بعض أصحابنا: يكون صيد كلبه حراماً إذا قتله قبل إدراكه[5].

والفرق بينهما: أن إرسال السهم عين الذبح، ولا فرق بين الأعمى والبصير في فعل الذبح[6].

(287/ب) فأما الكلب إذا أرسله، فله اختيار وفعل، وإن كان لمرسله أيضاً اختيار/ وفعل، والأعمى[7] ليس يرى صيداً على الحقيقة.

---

(1) في /أ: (سائل).

(2) في /أ: (مقصد).

(3) في /ج: (عليه).

(4) فيكون حراماً.
انظر: المجموع 9/ 116، وروضة الطابين 3/ 341.

(5) في صيد الأعمى بالكلب والرمي وجهان:
الوجه الأول: ـ وهو أصحهما ـ: أنه حرام؛ لأنه لا يرى الصيد، فلا يصح إرساله.
الوجه الثاني: أنه يحل، كذكاته.
وقطع ابن الصباغ بالتحريم.
قال إمام الحرمين: عندي أن الوجهين مخصوصان بما إذا أدرك حس الصيد وبنى إرساله عليه.
انظر: المجموع 9/ 76 ـ 77، وروضة الطالبين 3/ 238، والقواعد للحصني القسم الأخير 1/ 182.

(6) قال النووي: «تحل ذكاة الأعمى بلا خلاف، لكن تكره كراهة تنزيه» أ. هـ.
المجموع 9/ 76، وانظر: روضة الطالبين 3/ 238.

(7) في /أ: (الأعمى) بدون الواو قبلها.

ولو أن البصير أرسل على التوهم كلباً من غير أن يرى صيداً، فاتفق مصادفة الصيد والقتل كان حراماً[1]، فكذلك إذا أرسل الأعمى كلبه.

مسألة (720): إذا رأى رجل شخصاً يحسبه حجراً، أو ثوباً، فعينه ورماه، فأصابه فقتله[2] فإذا هو صيد كان حلالاً[3]، [ولو أنه لم يصبه وأصاب صيداً غيره][4] ـ وذلك الشيء المعين غير صيد ـ فالصيد المصاب [حرام[5].

ولو كان المعين صيداً حل الصيد المصاب][6] عند كثير من أصحابنا[7] ومشايخنا[8].

والفرق بينهما: أنه إذا أصاب غيره، فقتله وهو غير الصيد صار في التقدير، كمن أرسل سهمه من غير صيد يراه، فيصيب صيداً فقتله، فيكون حراماً[9]، وإذا

---

(1) انظر: المجموع 9/ 121، وروضة الطالبين 3/ 251.

(2) في / أ: (فأصاب مقتله).

(3) هذا هوالمذهب. وفيه وجه ضعيف: أنه حرام؛ لعدم القصد.
انظر: المجموع 9/ 121 ـ 122، وروضة الطالبين 3/ 251.

(4) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(5) على أصح الوجهين. وبه قطع الصيدلاني.
انظر: المجموع 9/ 120، وروضة الطالبين 3/ 252.

(6) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(7) (أصحابنا) ساقط من / أ.

(8) وممن قطع بذلك أبو إسحاق الشيرازي. وهذا أحد الطريقين.
الطريق الثاني: في المسألة أربعة أوجه:
الوجه الأول: الحل مطلقاً.
الوجه الثاني: التحريم.
الوجه الثالث: إن كان حالة الرمي يرى المصاد حل، وإلا فلا.
الوجه الرابع: إن كان المصاب من السرب الذي رآه حل، وإن كان من غيره لم يحل. وسواء عدل السهم عن الجهة التي قصدها إلى غيرها، أم لم يعدل.
انظر: المجموع 9/ 119 ـ 120، وروضة الطالبين 3/ 252، والتنبيه / 83، وتهذيب الأحكام. خ. جـ 4. ورقة: 164 ـ ب.

(9) تقدم ذكر ذلك.
انظر: المسألة السابقة.

بان أن ذلك المعين صيداً: فقد أرسل الكلب أو السهم على الصيد، وليس من شرط الإرسال إصابة ما عينه عند الإرسال.

ألا ترى أنه لو أرسل كلبه على ظبية معينة[1]، فعدل إلى أخرى فقتلها كان حلالاً إجماعاً[2]، إلا ما روي في رواية مستبعدة عن مالك بن أنس رحمه الله[3] أنه حرام[4]، ووافقنا في الحادر[5] المستترة بالأمهات أنه إذا قصدها الكلب ـ والمرسل يرى كبارها، ولا يرى صغارها ـ أنه إذا أصاب صغيرة كانت حلالاً[6].

مسألة (721): إذا رأى[7] شخصاً، فتوهمه سبعاً أو آدمياً فأصابه، فقتله فإذا هو صيد كان حلالاً على الصحيح من المذهب.

ولو أصاب غيره فقتله فإذا المقتول صيد[8] كان حراماً[9].

والفرق بينهما: أنه إذا أصاب المعين المقصود، فقد أصاب برميه ما عينه بقصده فما ضره غلطه في جنسه، فهو[10] كما قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو قطع حلقوم

---

(1) في / ج: (فعينها).

(2) انظر: المجموع 9/ 122، وروضة الطالبين 3/ 252، والمغني 8/ 552، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع 7/ 461، واختلاف الفقهاء 1/ 62، والمبسوط 11/ 240.

(3) تقدم التعريف به في ج1 ص 242.

(4) انظر: المدونة 2/ 54، والأشراف 2/ 254.

(5) في / ج: (الحاد).
والحادر: المجتمع. يقال عدد حادر أي: كثير.
انظر: لسان العرب 4/ 172، ومعجم مقاييس اللغة 2/ 32.

(6) انظر: روضة الطالبين 3/ 251، والمجموع 9/ 119، والمدونة 2/ 55، 59 ـ 60.

(7) (إذا رأى) ساقط من / ج.

(8) في / أ: (فإذا هو صيد).

(9) هذه المسألة شبيهة بالمسألة السابقة، والحكم فيهما واحد، وإنما ذكر المؤلف ـ رحمه الله ـ هذه المسألة ليبين أن الحكم لا يختلف يكون الرامي توهم أن الشاخص حيوان غير مأكول، أو آدمي معصوم.

(10) في / ج: (وهو).

شاة وهو يظنها خشبة لينة فبان أنها شاة كانت[1] حلالاً»[2].

فأما في المسألة الثانية فإنه لم يصب[3] برميه ما عينه بقصده، وإنما أصاب غيره، ثم بان أن المعين كان صيداً، ولم يكن كمن أرسل على صيد فأصاب صيداً آخر.

مسألة (722): إذا رأى الرجل كلبه مسترسلاً على صيد من غير إرسال فزجره[4] فلم يؤثر فيه زجره[5]، فأشلاه[6] فلم يؤثر فيه إشلاؤه وقتل ذلك الصيد كان حراماً، وإن كان الكلب معلماً[7]. ولو أشلاه فزاد في شدة عدوه فصاده وقتله كان حلالاً عند كثير من أصحابنا[8].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا لم يؤثر فيه صوته بالزجر ولا بالإشلاء فالظاهر أنه قصد ذلك الصيد ابتداء وانتهاء لنفسه لا لصاحبه، وذبيحة[9] الكلب حرام[10] إذا تعذر نسبة الذبح إليه[11].

---

(1) في / أ: (كان).

(2) انظر: الأم 2/ 237، ومختصر المزني / 282.

(3) في / أ: (فإنه يصيب).

(4) في / أ: (استرسال فيزجره).

(5) في / أ: (زجر).

(6) أشليت الكلب: دعوته. ويأتي الإشلاء بمعنى الإغراء.
قال النووي في المجموع 9/ 98: «قالوا فيكون أشلى من الأضداد يطلق على الاستدعاء وعلى الإغراء ومما يؤيد هذا الجواب ويوضحه أكمل إيضاح أن أبا الحسين أحمد بن فارس المجمع على توثيقه وأمانته في اللغة قال في كتاب المجمل: يقال: أشليت الكلب إذا دعوته، وأشليته أغريته» أ. هـ وانظر: لسان العرب 14/ 443، والزاهر / 399، ورد الانتقاد على ألفاظ الشافعي / 128 ـ 129.

(7) انظر: المجموع 9/ 101، وروضة الطالبين 3/ 249.

(8) وهو أحد الوجهين عند الخراسانيين.
وقطع العراقيون بالتحريم.
انظر المرجعين السابقين.

(9) في / أ: (وذبيحته).

(10) فلو استرسل المعلم بغير إرسال فقتل الصيد لم يحل.
انظر: المجموع 9/ 101، وروضة الطالبين 3/ 249.

(11) أي إلى المرسل.

(288/أ) فأما إذا أشلاه فظهر في عدوه أثر إشلائه / بزيادة عدو فهذه الزيادة في الظاهر مطاوعته إياه، فيصير في التقدير كابتداء[1] الإرسال والاسترسال. وعلى هذا لو أن رجلاً أرسل كلباً فرآه غيره فصاح به صيحة المرسل فزاد الكلب في حموته زيادة ظاهرة يعلم أنها بسبب صوت[2] الثاني كان الصيد الذي أمسكه للثاني[3].

ومن أصحابنا من حرم الصيد في أصل المسألة وإن ظهر في عدوه زيادة[4] بالصوت[5]، فعلى هذا يكون ملك الصيد للمرسل الأول، ولا يشتركان[6] [فيه[7]، فإنا لم نحرم الصيد في المسألة الأولى للاسترسال][8]، وإنما حرمنا لوجود الاسترسال من غير[9] إرسال سابق.

مسألة (723): إذا ضرب الصيد ضربة فأبان فلقة[10] وصار بتلك[11] الضربة إلى حالة المذبوح كانت الفلقة المقطوعة المبانة حلالاً، كما كانت الجملة حلالاً[12].

---

(1) في / ج: (كالابتداء).
(2) (صوت) ساقط من / أ.
(3) على أصح الوجهين.
انظر: المجموع 9/ 101 ـ 102، وروضة الطالبين 3/ 250.
(4) في / أ: (بزيادة).
(5) وممن ذهب إلى ذلك أبو حامد وابن الصباغ.
انظر: المجموع 9/ 101.
(6) في / ج: (للاشراك).
(7) قال النووي: «قال إمام الحرمين لا يمتنع تخريج وجه باشتراكهما» ا. هـ المجموع 9/ 102.
(8) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(9) في / أ: (الاسترسال الأول من غير).
(10) الفِلقَة: ما انشق منه. من الفلق وهو: الشق.
انظر: لسان العرب 10/ 309، والصحاح 4/ 1544.
(11) في / ج: (بذلك).
(12) انظر: المجموع 9/ 117، وروضة الطالبين 3/ 242.

ولو أبان فلقة فلم يصر إلى حالة المذبوح ولكن هام على وجهه حتى مات وهو[1] يراه كانت الفلقة المقطوعة حراماً عل أحد الوجهين[2].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا هام على وجهه ساعات، ثم مات فالفلقة[3] مقطوعة من[4] حي، وما أبين من[5] حي، فهو ميته[6]، هكذا[7] قال رسول الله ـ ﷺ[8] ـ فحكمنا بتحريمها.

فأما إذا صار بالضربة إلى حالة المذبوح فالإبانة حين حصلت حصل الموت بها[9]، فلم تكن الفلقة مبانة من[10] حي، فصار كما لو قطع حلقوم شاة وأبان

---

(1) في /أ: (فهو).

(2) وهو أصحهما.
الوجه الثاني: أنها تحل؛ لأن الجرح كالذبح للجملة، فتبعها العضو.
انظر: المرجعين السابقين.

(3) في /أ: (والفلقة).

(4) في /أ: (عن).

(5) في /ج: (عن).

(6) في /ج: (ميت).

(7) في /أ: (فهكذا).

(8) الحديث عن أبي واقد الليثي قال، قال النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «ما قطع من البهيمة وهي حية فهي ميتة».
أخرجه أبو داود في كتاب «الصيد» باب «في صيد قطع منه قطعة» حديث (2858).
والترمذي في كتاب «الأطعمة» باب «ما قطع من الحي فهو ميت» حديث (1480)، وقال: «وهذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث زيد بن أسلم والعمل على هذا عند أهل العلم».
وأخرجه ـ أيضاً ـ ابن ماجة عن ابن عمر في كتاب «الصيد» باب «ما قطع من البهيمة وهي حية» حديث (3216).
وأحمد في المسند 5/ 218.

(9) في /أ: (بهما).

(10) في /أ: (عن).

رأسها[1]، وصارت المسألة الأخرى، كما لو أدرك الأصل فذبحه فيكون الفرع المبان حراماً[2].

مسألة (724): إذا رمى[3] رجلان صيداً، فقال أحدهما: أنا أسبق وقد أزمنته[4] قبل رميك، ثم رميته، فقتلته[5]، وقال الثاني: إنك ما أزمنته حين[6] أصبته ولكنني[7] أثبته[8] وأزمنته، فليس للأول في لحم الصيد حق[9].

ولو قال: كانت الإصابة والإزمان مني ومنك معاً كان له في لحمه مثل حق صاحبه[10]، وتصديق صاحبه إياه موجود في المسألتين.

والفرق بينهما: أن الأول إذا قال: أزمنته، ثم صار برميك مقتولاً، فقد أقر بأن لحمه حرام؛ لأن الصيد إذا صار[11] مقدوراً على[12] ذبحه، فذبحه في الحلقوم وقطع[13] المريء، فإذا[14] لم يفعل ذلك[15] حتى مات

(1) فيكون حلالاً، لأنه أبانه بعد الذبح.
(2) في /أ: (حرام).
وانظر: المجموع 9/ 117، وروضة الطالبين 3/ 242.
(3) في /ج: (إذا رأى).
(4) الزمانة: العاهة.
انظر: لسان العرب 13/ 199، والقاموس المحيط 4/ 232.
(5) في /أ: (فهلكته).
(6) في /أ: (حتى).
(7) في /ج: (ولكني).
(8) أثبته: حبسته وجعلته ثابتاً في مكانه لا يفارقه.
انظر: لسان العرب 2/ 20، والصحاح 1/ 245.
(9) انظر: روضة الطالبين 3/ 266، والمجموع 9/ 138 ـ 139، وتهذيب الأحكام خ. ج 4. ورقة: 170 ـ أ.
(10) انظر: السلسلة خ. ورقة: 164 ـ أ.
(11) (صار) ساقط من /أ.
(12) (على) ساقط من /أ.
(13) (قطع) ساقط من /أ.
(14) في /أ: (فأما إذا).
(15) (ذلك) ساقط من /ج.

بجراحة[1] بعد الإزمان كان حراماً، والثاني ليس يدعي هذه الدعوى، ولكنه يزعم أن الأول لم يزمنه[2]، وأني بالإزمان قتلته، ولو كان كما قال كان اللحم حلالاً.

فأما إذا لم يسبق من الأول دعوى الإزمان السابق، فكل واحد منهما مثل صاحبه في السبب[3] والاكتساب، فنزلناهما في ذلك منزلة واحدة.

مسألة (725): /إذا تمكن من الذبح، ففصل الرأس[4] عن الحلقوم كان (288/ب) حراماً[5] ولو فصل مع الرأس[6] بعض الحلقوم عن بعض[7] كان حلالاً[8].

والفرق: أنه إذا لم يقطع حلقومه ومريئه لم يكن واضعاً فعل الذبح موضعه، وكم من جارحة[9] مجهزة لا تغني ولا تكفي ولا تكون[10] ذبحاً، وإذا[11] قطع بعض الحلقوم عن بعض، فالذكاة موضوعة موضعها[12]؛ لأن محلها الحلقوم والمريء، لا بد من قطعهما عند التمكن والقدرة بكل حال، وهو معنى قوله ـ ﷺ ـ:

---

(1) في /ج: (حتى مات فإذا مات بجراحة).
(2) في /أ: (لم يرمه).
(3) في /أ: (في النسب).
(4) في /أ: (من).
(5) انظر: المجموع 9/ 86، وروضة الطالبين 3/ 201، ومغني المحتاج 4/ 270.
(6) في /ج: (منه الرأس).
(7) (عن بعض) ساقط من /أ.
(8) لأن المعتبر قطع الحلقوم والمريء.
انظر: المجموع 9/ 86، وروضة الطالبين 3/ 202 .
(9) في /أ: (جراحة).
(10) (تكون) ساقط من /أ.
(11) في /ج: (فإذا).
(12) في /أ: (موصلعها).

«ما أنهر[1] الدم وأفرى[2] الأوداج[3] فكلوه»[4].

ويشترط في نحر البعير هذا الشرط[5]، فلو أن الحديدة مرت بعد شق اللبة[6] تحت الحلقوم والمريء كان حراماً[7]، وإن كانت الجراحة قد نزفته[8]، وإنما يكون حلالاً إذا شق اللبة، ثم قطع وراءها الحلقوم والمريء، وإن قطع أحدهما لم يكن حلالاً حتى يقطعهما جميعاً[9].

مسألة (726): إذا رمى رجل[10] صيداً فكسره أو قطع[11] جناحه فرماه

---

(1) في / ج: (الذكاة ما انهر).

(2) في / أ: (وفرى).

(3) الأوداج: ما أحاط بالعنق من العروق التي يقطعها الذابح.
انظر: لسان العرب 2/ 397، والمصباح المنير / 652.

(4) هذا الحديث بهذا اللفظ لم أعثر عليه.
وأصله في الصحيحين وهو ما أخرجه البخاري ومسلم عن رافع بن خديج عن جده أنه قال: «يا رسول الله ليس لنا مدى فقال: ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل ليس الظفر والسن أما الظفر فمدى الحبشة وأما السن فعظم. .» واللفظ للبخاري.
أخرجه البخاري في كتاب «الذبائح والصيد» باب «ما أنهر الدم من القصب والمروة والحديد» حديث (35)، ومسلم في كتاب «الأضاحي» باب «جواز الذبح بكل ما أنهر الدم، إلا السن والظفر وسائر العظام» حديث (1968).

(5) انظر: المجموع 9/ 85، وروضة الطالبين 3/ 202.

(6) اللبة: الثغرة التي في أسفل العنق، وهي المنحر.
انظر: لسان العرب 1/ 733، والصحاح 1/ 217، والمجموع 9/ 85، ومغني المحتاج 4/ 265.

(7) انظر: المجموع 9/ 86، وروضة الطالبين 3/ 201 ـ 202.

(8) نزفته الجراحة: أخرجت دمه.
انظر: لسان العرب 9/ 326، والمصباح المنير / 600.

(9) هذا هو المذهب الصحيح المنصوص وبه قطع الجمهور.
وفيه وجه لأبي سعيد الأصطخري: أنه يكفي قطع أحدهما؛ لأن الحياة لا تبقى بعده، قال النووي: «قال الأصحاب: هذا خلاف نص الشافعي وخلاف مقصود الذكاة» أ. هـ.
المجموع 9/ 86، وانظر: روضة الطالبين 3/ 202.

(10) في / أ: (الرجل).

(11) في / أ: (وقطع) بدون الألف قبلها.

رجل[1] آخر فجرحه فمات قبل أن يدركه الأول فعلى الثاني للأول الذي أثبته قيمة جرحه مقطوع الجناح الأول[2]، ونصف قيمته مجروحاً جرحين[3].

ولو أدركه الأول فقبض عليه وتمكن من ذبحه فمات في يده [فقد اختلف أصحابنا على وجهين][4]، فقال بعضهم[5]: بمثل هذا الجواب[6]، وهو جواب المزني، وقال بعضهم في الصورة الثانية: ليس على الثاني للأول إلا أرش الجراحة فقط[7].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا جرح فلم يدركه حتى مات صار الموت منسوباً إلى الجراحتين، وقد صار الصيد بالأزمان السابق ملكاً للرامي[8] الأول، فجراحة[9] الثاني مفسدة.

فأما[10] في المسألة الثانية[11] فقد[12] أدرك وتمكن[13] من الذبح فالتفريط من

(1) في / ج: (ورجل).
(2) أرشاً للنقص.
(3) انظر: مختصر المزني / 282، والمجموع 9/ 137، وروضة الطالبين 3/ 264، وشرح مختصر المزني خ. ج 10 ورقة: 2 ـ ب ـ 3 ـ أ.
(4) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(5) في / ج: (فقال بعض أصحابنا).
(6) وممن قال بذلك أبو سعيد الأصطخري.
انظر: شرح مختصر المزني خ. ج 10. ورقة: 2 ـ ب.
(7) انظر: المجموع 9/ 137، وروضة الطالبين 3/ 264، وشرح مختصر المزني.خ. ج 10. ورقة: 2 ـ ب.
(8) في / ج: (ملك الرامي).
(9) في / أ: (فاجراحه).
(10) في / ج: (وأما).
(11) (الثانية) ساقط من / ج.
(12) في / ج: (وقد).
(13) في / ج: (أو تمكن).

جهة المالك، والفوات منسوب إليه؛ فلهذا حرم، ومن[1] قال بالتسوية شبه ذلك بترك مداواة جراحة الجاني حتى يموت المجروح، فالضمان لا يسقط عن الجاني[2].

مسألة (727): إذا أصاب الصيد بعرض معراضه[3] فقتله وما أدماه[4]، فهو حرام حتى يصيبه بحده، فيجرحه[5]، كما قال عليه السلام[6].

ولو أرسل[7] كلبه فجثم على الصيد بفمه فقتله كان حلالاً في أحد القولين[8].

والفرق بينهما: أن المعراض لا اختيار[9] له ولا فعل، وإنما الفعل والاختيار للرامي، وليس يتعذر عليه إذا رمى أن يقصد شق جلده ولحمه بمعراضه وسهمه، وذلك من أدنى درجات الحذاقة في رميه، بخلاف الكلب فإن غاية ما في تعليمه

---

(1) في / أ: (من) بسقوط الواو قبلها.

(2) انظر: روضة الطالبين 9/ 131، 3/ 264، ومغني المحتاج 4/ 7.

(3) في / ج: (معراض).

(4) في / ج: (أرماه).

(5) انظر: مختصر المزني / 282، والمجموع 9/ 111، وتهذيب الأحكام خ. ج 4. ورقة: 163 ـ أ.

(6) في حديث عدي بن حاتم قال قلت: «يا رسول الله إني أرسل كلبي وأسمي فقال النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: إذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فأكل فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه، قلت: إني أرسل كلبي أجد معه كلباً آخر لا أدري أيهما أخذه، فقال: لا تأكل فإنما سميت على كلبك ولم تسم على غيره، وسألته عن صيد المعراض فقال: إذا أصبت بحده فكل وإذا أصبت بعرضه فقتل فإنه وقيذ فلا تأكل».
أخرجه البخاري ـ واللفظ له ـ في كتاب «الذبائح والصيد» باب «إذا وجد مع الصيد كلباً آخر» حديث (18).
ومسلم في كتاب «الصيد والذبائح» باب «الصيد بالكلاب المعلمة» حديث (1929).

(7) في / ج: (ولو أنه أرسل).

(8) وهو الأصح عند الأصحاب.
انظر: مختصر المزني / 282، والمجموع 9/ 102، ومغني المحتاج 4/ 276.

(9) في / أ: (لاختيار).

أن يعلمه الإمساك، وليس في وسعه أن يعلمه جرحه إذا أمسكه، ولعل / الذي (289/أ) يتصور للكلب المعلم أن الأولى والأحسن أخذ الصيد وإمساكه سليما عن الجرح حتى يدركه صاحبه؛ فلذلك قلنا: ما قتله الكلب والبازي[1] فهو حلال وإن لم يجرحه[2].

مسألة (728): إذا نصب أحبولة فعلق بها صيد صار ملك ناصبها[3]. ولو وضع في داره عشاً ففرخ الصيد فيه لم يكن الفرخ ملكاً لصاحب الدار ما لم يحدث قصداً آخراً[4] واستيلاءً مستأنفاً[5].

والفرق بينهما: أنه إذا نصب أحبولة فهي كاليد القابضة؛ لأن القصد بنصبها: القبض على الصيد الذي يعلق بها.

فأما إذا هيّأ في داره عشاً للطائر فليس ذلك كاليد القابضة؛ لأن القصد بذلك إصلاح مكان له يعشش ويفرخ فيه، فإذا[6] لم يحدث فعلاً سوى هذا الفعل يقصد بمثله الاصطياد والاستيلاء لم يدخل الصيد في ملكه.

ولو أن رجلاً بنى بركة واسعة فدخلها السمك لم يملك السمك بدخوله إليها[7]، وإنما يملكه بفعل يستحدثه، فإن سد فم البركة ـ والبركة في غاية السعة

---

(1) البازي: من جوارح الطير.
انظر: المجموع 9/ 93، ومغني المحتاج 4/ 275، وروضة الطالبين 3/ 246.
(2) على أصح القولين.
والقول الثاني: أنه لا يحل.
انظر: المجموع 9/ 102، ومغني المحتاج 4/ 276.
(3) انظر: المجموع 9/ 129، وروضة الطالبين 3/ 254، ومغني المحتاج 4/ 278.
(4) في /أ، ج: (آخر) والصواب ما أثبت.
(5) والأصح: أنه يملك، لأنه وجد منه قصد وإن كان ضعيفاً.
انظر: المجموع 9/ 131، وروضة الطالبين 3/ 255.
(6) في /ج: (فأما إذا).
(7) في /ج: (لم يملكه بدخولها).
وانظر: المجموع 9/ 130، وروضة الطالبين 3/ 256.

ـ لم يملكه[1] أيضاً[2]، ولو كانت البركة ضيقة ملكه[3]، وكذلك لو دخلت الظبية[4] بستانه فاغلق الباب والبستان ضيق فقد ملكها[5]، وإن كان البستان متفاحش السعة بحيث لا يستغني عن تكليف[6] الصياد في الصحراء لم يملك الصيد وإن أغلق الباب[7]، وعلى هذا الباب وقياسه.



(1) في / أ: (لم يملك).
(2) انظر المرجعين السابقين.
(3) في / أ: (ملك).
وانظر: روضة الطالبين 3/ 256، والمجموع 9/ 130.
(4) (الظبية) ساقط من / ج.
(5) انظر: المجموع 9/ 130، وروضة الطالبين 3/ 254.
(6) في / أ: (تكلف).
(7) انظر: المجموع 9/ 130، وروضة الطالبين 3/ 256.

كتاب الأضحية

مسألة (729): إذا ضحى بشاة لم يخلق لها أذن فإنها لا تجزىء[1]، ولو ضحى بشاة لم يخلق لها ضرع فإنها تجزىء[2].

والفرق بينهما: أن الأذن في عادة[3] الخلقة عضو[4] موجود في الذكور والإناث، فإذا اتفق فقده في حيوان خرج عن صفة الإجزاء وحده.

فأما[5] الضرع، فليس من ضرورة كل حيوان في خلقته، فإن الذكر لا ضرع له، ولو أن الأذن كانت موجودة مخلوقة ولكن فيها بقية فإنها لا تجزىء[6]، وكذلك لو كانت مشقوقة الأذن[7].

فأما الخصاء فإنه لا يمنع الإجزاء[8]، وذلك أن الخصاء وإن كان جرحاً فإنه في مصلحة اللحم[9]، وأما شق الأذن وخرقها[10] فليس فيه مصلحة اللحم، وإنما

(1) انظر: المجموع 8/ 401، وروضة الطالبين 3/ 196.
(2) على أصح الوجهين.
انظر المرجعين السابقين.
(3) في / أ: (في عادات).
(4) في / أ: (عضور).
(5) في / ج: (وأما).
(6) على أصح الوجهين.
انظر: المجموع 8/ 401، وروضة الطالبين 3/ 196.
(7) والأصح أنها تجزىء.
وقال القفال لا تجزىء.
انظر المرجعين السابقين.
(8) انظر: المجموع 8/ 401، وروضة الطالبين 3/ 196.
(9) في / أ: (فإنه يصلحه).
(10) في / ج: (وخرقه).

يقصد به الوسم للتمييز، ولا بد أن[1] يصير ذلك المكان ناقصاً، وفيه أيضا تغييرالصورة، وقد قال علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ: «أمرنا بأن نستشرف[2] العين والأذن»[3]، يعني في[4] الضحايا. وفي أعضائها فداء أعضاء المضحي بها.

ولو كانت الأذن مقطوعة فإنها لا تجزىء وقد قال علي ـ رضي الله عنه ـ: «نهى رسول الله ـ ﷺ ـ أن نضحي بمقطوعة/ [5] الأذن»[6]؛ ولهذا يستحب[7] أن لا (289/ب)

(1) في /أ: (ولا بد من أن).
(2) في /أ: (نستسرو).
(3) عن علي قال: أمرنا رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «أن نستشرف العين والاذن، ولا نضحي بعوراء، ولا مقابلة، ولامدابرة ولا خرقاء، ولا شرقاء».
والمقابلة: مقطوعة طرف الأذن.
والمدابرة: مقطوعة مؤخرة الأذن.
والشرقاء: مشقوقة الأذن.
والخرقا: مخروقة الأذن للسمة.
أخرجه أبو داود ـ واللفظ له ـ في كتاب «الضحايا» باب «ما يكره من الضحايا» حديث (2804)، والترمذي في كتاب «الأضاحي» باب «ما يكره من الأضاحي» حديث (1498)، وقال: حديث حسن صحيح.
وأخرجه ـ أيضاً ـ النسائي في كتاب «الضحايا» باب «المقابلة وهي ما قطع طرف اذنها»، وباب «المدابرة وهي ما قطع من مؤخر اذنها»، وباب «الخرقاء وهي التي تخرق أذنها»، وباب «الشرقاء، وهي مشقوقة الأذن» حديث (4076).
وابن ماجة في كتاب «الأضاحي» باب «ما يكره أن يضحى به» حديث (3142، 3143).
والحاكم في المستدرك 4/ 224 ـ 225، وقال: هذا حديث صحيح أسانيد كلها ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي.
(4) (في) ساقط من /أ.
(5) في /ج: (بمقطوع).
(6) انظر: الحديث السابق.
(7) في /أ: (استحب).

تكون مكسورة القرن[1]، ولكن لما كانت الجلحاء تجزىء[2] ـ وهي: التي لم يخلق لها قرن[3] ـ بلا خلاف[4]، فالمكسورة القرن تجزىء أيضاً دمي القرن المكسور أو لم يدم[5].

مسألة (730): العوراء إذا كانت بينة العور فإنها لا تجزىء، وكذلك العرج في العرجاء إنما تمنع إذا كانت بينا. وهذا لفظه عليه السلام[6].

---

(1) لحديث أنس أن رسول الله ـ ﷺ ـ: «ضحى بكبشين أملحين أقرنين ذبحهما بيده». رواه البخاري ومسلم.
انظر: صحيح البخاري كتاب «الأضاحي» باب «في أضحية النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ بكبشين أقرنين» حديث (10)، وصحيح مسلم كتاب «الأضاحي» باب «استحباب الضحية وذبحها مباشرة بلا توكيل، والتسمية والتكبير» حديث (1966)، والمجموع 8/ 402، وروضة الطالبين 3/ 196.

(2) (تجزىء) ساقط من / أ.

(3) انظر: لسان العرب 2/ 424، والمصباح المنير / 104.

(4) انظر: المجموع 8/ 402، وروضة الطالبين 3/ 196، والمغني 8/ 625، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع 4/ 224، والمبسوط 12/ 11، ومختصر الطحاوي / 303، والمدونة 2/ 72، والتفريع 1/ 391.

(5) في / أ: (أو لم يدمي).
وانظر: المجموع 8/ 402، وروضة الطالبين 3/ 196.

(6) في حديث البراء بن عازب قال: قام فينا رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وأصابعي أقصر من أصابعه وأناملي أقصر من أنامله، فقال: أربع لا تجوز في الأضاحي: العوراء بين عورها، والمريضة بين مرضها، والعرجاء بين ظلعها، والكسير التي لا تنقى.
أخرجه أبو داود ـ واللفظ له ـ في كتاب «الأضاحي» باب «ما يكره من الضحايا» حديث (2802).
والترمذي في كتاب «الأضاحي» باب «ما لا يجوز من الأضاحي» حديث (1497) وقال: هذا حديث حسن صحيح.
وأخرجه أيضاً النسائي في كتاب «الضحايا» باب «ما نهى عنه من الأضاحي العوراء». حديث (4073).
وابن ماجة في كتاب «الأضاحي» باب «ما يكره أن يضحى به» حديث (3144).
وانظر: المجموع 8/ 400، وروضة الطالبين 3/ 194 ـ 195.

ونص الشافعي ـ رحمه الله ـ على أن الجرباء لا تجزىء وإن كان الجرب يسيراً[1] .

والفرق: أن أثر العور في العين وفي الصورة إذا كان خفيفاً ولم يكن بيناً، فلا يكاد يظهر له أثر يمنع الاجزاء مع الخفاء.

وأما تأثير الجرب ففي اللحم[2] ، وإذا بدا[3] شيء من هذه[4] العلة في ظاهر البدن علم أن ذلك إنما بدا بعد أثر ظاهر، وعلة مستحكمة في الباطن وتغير ظاهر في صفة اللحم؛ فلذلك فصلنا بين المسألتين.

مسألة (731): إذا أشار الرجل إلى عين[5] شاة فقال: جعلت هذه الشاة ضحية[6] ، ثم ذبحها من بعد ولم يقترن بالذبح نية الضحية[7] كانت ضحية[8] .

ولو قال: لله عليَّ أن أضحي بشاة، ثم عين شاة عن الواجب في ذمته، وقال جعلتها عما[9] في ذمتي[10] ، ثم ذبحها من بعد ولم تقترن

(1) قال الشافعي: «ولا تجزىء الجرباء والجرب قليله وكثيره مرض بين مفسد للحم وناقص للثمن» أ. هـ الأم 2/ 223.
وانظر: مختصر المزني / 284، والمجموع 8/ 400، وروضة الطالبين 3/ 194.
(2) في /أ: (ففي نقص اللحم).
(3) في /ج: (اللحم منفعة وإذا بدا).
(4) (هذه) ساقط من /أ.
(5) في /ج: (على عين).
(6) في /ج: (أضحية). وكلاهما صواب.
انظر: الصحاح 6/ 2407، ولسان العرب 14/ 477.
(7) في /أ: (التضحية).
(8) على أحد الوجهين.
الوجه الثاني: أنه لا يكفي التعيين، بل لا بد من تجديد النية عند الذبح. وهو الأصح عند الرافعي والنووي.
انظر: المجموع 8/ 423، وروضة الطالبين 3/ 207، ومغني المحتاج 4/ 289 ـ 290.
(9) في /أ: (عن ما).
(10) في /ج: (الذمة)..

نية[1] التضحية بالذبح فقال طائفة من أصحابنا: إنها لا تجزىء[2].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا قال: جعلتها أضحية فهذا حق تمخض في العين[3] فتأكد تعلقه بها، فاستغنى عن استئناف النية عند إراقة الدم، فأما إذا التزم الواجب بالنذر السابق، في الذمة[4] ثم صرف العين باللفظ إلى ما التزمه في ذمته لم يتأكد في العين؛ لأنه ما اختص بالعين؛ فلذلك[5] احتاج إلى نية القربة عند إراقة الدم.

والدليل على صحة الفرق: أن الرهن لما كان عن دين في الذمة كانت درجته دون درجة أرش الجناية في التعلق[6] بالعين؛ ولذلك قلنا: لو أن العبد المرهون جنى جناية مالية كانت مقدمة على حق المرتهن بكل حال[7].

مسألة (732): إذا التزم في ذمته أضحية[8]، فضلت الشاة التي عينها عما[9] في ذمته فعليه البدل[10].

---

(1) في /أ: (ولم تقترن بها نية).

(2) وهم الخرسانيون. وهذا أحد الوجهين.
الوجه الثاني: أنها تجزىء.
انظر: المجموع 8/ 377 ـ 406، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4 ورقة: 172 ـ ب، ونهاية المطلب خ. ج 15، ورقة: 11 ـ ب.

(3) في /أ: (في العين تمخض).

(4) في (الذمة) ساقط من /أ.

(5) في /ج: (ولذلك).

(6) في /ج: (في التعليق).

(7) انظر: الشرح الكبير 10/ 150، وروضة الطالبين 4/ 104.

(8) في /ج: (ضحية).

(9) في /أ: (عن ما).

(10) هذا هو المذهب.
وذكر إمام الحرمين وجهاً: أنه لا يلزمه البدل؛ لعدم تقصيره.
انظر: المجموع 8/ 378، وروضة الطالبين 3/ 219 ـ 220.

ولو قال[1] ابتداء: جعلت هذه الشاة أضحية[2] ولم يسبق منه نذر[3] والتزام فضلت، فليس[4] عليه البدل[5].

والفرق بينهما: ما مضى[6]: أنه[7] إذا عينها عما في[8] الذمة لم يكن هذا[9] التعيين محضاً، بل اجتمع حق الدين والعين، وإذا قال: جعلتها أضحية[10] ـ من غير نذر ـ تمخض الحق في عينها فإذا ضلت[11] فليس في ذمته دين حتى[12] نوجب عليه الإبدال، كما أوجبنا عند اجتماع الدين والعين.

ثم في مسألة[13] الدين: لو عين البدل فذبحه، ثم وجد الأصل فمن أصحابنا من قال: [عليه أن يذبح الأصل/[14]، ومنهم من قال][15]: قام البدل مقامه[16]. (290/أ)

(1) في /أ: (فلو قال).
(2) في /ج: (ضحية).
(3) في /أ: (ولم يسبق منه معاملة نذر).
(4) (فليس) ساقط من /ج.
(5) انظر: المجموع 8/ 377، وروضة الطالبين 3/ 219، ونهاية المطلب.خ ج 15. ورقة: 14 ـ ب.
(6) في المسألة السابقة.
(7) في /أ: (ما مضى به).
(8) في /أ: (فيما في).
(9) في /أ: (عليه).
(10) في /ج: (ضحية).
(11) في /أ: (فإذا فضلت).
(12) في /ج: (حيث).
(13) في /أ: (المسألة).
(14) وممن قال به ابن الصباغ.
انظر: المجموع 8/ 378، وروضة الطالبين 3/ 220، والسلسلة. خ. ورقة: 164 ـ ب.
(15) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(16) وصححه البغوي.
انظر: المراجع السابقة.

ولو عين البدل فلم يذبحه حتى وجد الأصل لزمه ذبح الأصل وفاقاً[1]، وفي ذبح البدل خلاف بين أصحابنا. فمنهم من قال: يلزمه ذبحه، ومنهم من قال: أغناه ذبح الأصل عن ذبح البدل[2]، وإحدى المسألتين مبنية على الأخرى فتأمل[3].

مسألة (733): لو أن مضحيين ذبح كل واحدمنهما أضحية صاحبه ضمن كل واحد منهما ما بين[4] قيمة ما ذبح حياً ومذبوحاً، وأجزأ كل واحد منهما أضحيته وهديه، وفيه قول آخر: أنه لا يضمن أحدهما لصاحبه شيئاً[5].

ولو كانت المسألة بحالها غير أن كل واحد منهما[6] فوت اللحم، ثم بان ما وقع من الغلط، فكل واحد منهما يغرم لصاحبه جميع قيمة هديه، ويلزمه أن[7] يسلك بها مسلك الهدايا[8].

---

(1) وقال المؤلف ـ رحمه الله ـ في السلسلة: «لا يختلف المذهب فيه». وما ذكره المؤلف ـ رحمه الله ـ من الاتفاق في ثبوته نظر. فقد ذكر إمام الحرمين ـ وهو ابن المؤلف ومن المعاصرين له ـ والنووي وجهاً: أنه يلزمه ذبح البدل فقط، ووجهاً آخر: أنه يتخير بينهما.
انظر: نهاية المطلب.خ. ج 15. ورقة: 14 ـ ب، والمجموع 8/ 378، وروضة الطالبين 3/ 220، والسلسلة خ. ورقة: 164 ـ ب.

(2) وصححه النووي.
انظر: المجموع 8/ 378، وروضة الطالبين 3/ 220.

(3) وبنى المؤلف ـ رحمه الله في كتابه السلسلة ـ المسألة الأولى على الثانية.
انظر: السلسلة. خ. ورقة: 164 ـ ب.

(4) في /أ: (فيما بين).

(5) والقول الأول: منصوص عليه. وهو المذهب.
والقول الثاني: شاذ وضعيف. قاله النووي.
انظر: مختصر المزني / 285، والمجموع 8/ 274، وروضة الطالبين 3/ 214.

(6) (منهما) ساقط من / جـ.

(7) في /أ: (أن سلك).

(8) فيأخذ القيمة ويشتري بها هدياً ويذبحه.
انظر: المجموع 8/ 375، وروضة الطالبين 3/ 215.

والفرق بين الحالتين: أن اللحم إذا فات فقد فات الأمران: فعل الإراقة، وصرف اللحم إلى مصارفه، فصار ذلك، كقتل الهدي، لا كذبحه، ولو قتل كل واحد منهما أضحية[1] صاحبه غرم كمال القيمة[2].

فأما الحالة الثانية وهي: إذا كان اللحم باقياً، فما[3] فات[4] أحد المقصودين[5] ـ وهو صرف اللحم إلى مصار الهدي ـ وإنما فات قربة الإراقة، وذلك فعل متعين لله تعالى في تلك العين، فيحصل مقصود ذلك الفعل بكل[6] من تحل ذبيحته دون من لا تحل ذبيحته.



(1) في / ج: (ضحية).
(2) يأخذ القيمة ويشتري بها مثل الأولى.
انظر: روضة الطالبين 3/ 212، والمجموع 8/ 372.
(3) في / أ: (فيما).
(4) في / ج: (فمات).
(5) في / أ: (المعقودين).
(6) (بكل) ساقط من / أ.

كتاب الأطعمة

مسألة (734): المضطر إذا تناول طعام غيره بغير عقد، فعليه قيمة مثله، وإن كان من ذوات الأمثال، فعليه مثله[1]. وإن تناوله ببيع[2] وذكرا في العقد[3] أكثر من ثمن المثل، فقد قال بعض أصحابنا: عليه الثمن المسمى بالغاً ما بلغ؛ لوجود التسمية في احدى الحالتين وعدمها في الحالة الثانية[4].

ومنهم من قال: عليه مع البيع والتسمية قيمة مثله[5]، بخلاف سائر المعاقدات[6]؛ لأن هذه المعاقدة معاقدة إكراه وضرورة، ولا معاقدة اختيار، فصار كأنه أكله من غير عقد موجود بينهما[7]، وكذلك قالوا: لو أن صاحب الطعام أطعمه إياه مع امتناع المضطر كان له أن يغرمه قيمته[8] [9]، بخلاف غير المضطر[10].

---

(1) انظر: المجموع 9/ 46، وروضة الطالبين 3/ 286، ومغني المحتاج 4/ 308.
(2) (ببيع) ساقط من / جـ.
(3) في / جـ: (في البيع).
(4) وهو الأصح عند القاضي أبي الطيب.
انظر: المجموع 9/ 46، وروضة الطالبين 3/ 386 ـ 387.
(5) وهو الأصح عند الروياني.
انظر المرجعين السابقين.
(6) فعليه المسمى.
(7) في كون هذه المعاقدة معاقدة إكراه وجهان ذكرهما إمام الحرمين.
فقال: «وإن لم يمكنه أن يقهره فاشترى بالثمن الغالي، فهل يكون مكرهاً حتى لا يصح الشراء. فيه وجهان:
أحدهما: أنه لا يكون مكرهاً وهو الأقيس.
الوجه الثاني: أنه مكره» أ. هـ نهاية المطلب خ. جـ 15. ورقة: 23 ـ ب، وانظر: المجموع 9/ 46، وروضة الطالبين 3/ 287.
(8) في / أ: (بقيمته).
(9) على أصح الوجهين؛ لأنه خلصه من الهلاك.
انظر: المجموع 9/ 47، وروضة الطالبين 3/ 288.
(10) انظر: مغني المحتاج 4/ 309.

والفرق: أن حالة[1] الضرورة أوجبت عليهما[2] بالشرع سد الرمق[3]، وإذا لم تكن الحالة[4] حالة[5] ضرورة، فصاحب الطعام اختار إهلاك طعامه.

ومنهم من أسقط الغرم في حالة الإيجار[6] مع حالة الضرورة، كما سقط الغرم في غير حالة الضرورة[7].

مسألة (735): المضطر إلى أكل الميتة مباح له أكلها[8]، والأولى أن يقتصر على سد الرمق ومقدار ما فيه بقاء المهجة[9]، والمريض/ المضطر ـ بقول الأطباء ـ إلى شرب المسكر حرام[10] عليه شربه[11]، نص عليه في مواضع كثيرة[12]. (290/ب)

والفرق: ما أشار إليه الشافعي ـ رحمه الله ـ: أن[13] المسكر يزيل العقل، وحرام

---

(1) في /أ: (الحالة).

(2) في /أ: (عليها).

(3) في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾﴾ جزء من آية (29) النساء.
وفي قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ جزء من آية (195) البقرة.

(4) (الحالة) ساقط من /أ.

(5) (حالة) ساقط من /ج.

(6) في /أ: (الايجاب). راجع تعريف: «الايجار» في ج1 ص 43.

(7) انظر: نهاية المطلب خ. ج15. ورقة: 24ـأ، والمجموع 9/ 47، وروضة الطالبين 3/ 288.

(8) لقوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا لَّيُضِلُّونَ بِأَهْوَآئِهِم بِغَيْرِ عِلْمٍ ۗ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِٱلْمُعْتَدِينَ ﴿١١٩﴾﴾ الأنعام.
ولقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ ۖ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٧٣﴾﴾ البقرة.

(9) انظر: المجموع 9/ 41 ـ 42، وروضة الطالبين 3/ 282، 283، والغاية القصوى في دراية الفتوى 2/ 988.

(10) في /أ: (الحرام).

(11) انظر: الأم 2/ 253، وأحكام القرآن 2/ 94.

(12) في /ج: (في مواضع من المختصر الكبير).

(13) (أن) ساقط من /أ.

على الرجل قصد إزالة العقل بكل حال[1]، وإن دعته الضرورة إلى أن يتجرع اليسير من الخمر[2] ليسيغ[3] بها لقمة غص بها مخافة الموت، فله أن يتجرع[4]، ويكون[5] كالميتة في هذه الحالة.

فإن قيل: قليلها يدعو إلى كثيرها.

قلنا: هذا القليل الذي يتجرعه على قصد التسويغ، لا على قصد الطرب واللهو، وليس مما يدعو إلى الكثير.

ومن أصحابنا من أباح للمضطر العطشان تسكين العطش بشرب الخمر[6]، وذلك خلاف نص[7] الشافعي. قال الشافعي ـ رحمه الله: «ليس للمضطر شرب الخمر؛ لأنها تعطش وتجيع، ولا تشرب لدواء؛ لأنها[8] تذهب العقل، وتمنع من الفرائض، وتؤدي إلى إتيان[9] المحارم، وكذلك ما أذهب العقل غيرها»[10].

مسألة (736): المضطر في المخمصة[11] إذا امتنع عن أكل الميتة أثم

(1) انظر: الأم 2/ 253، وأحكام القرآن 2/ 94 .
(2) (من الخمر) ساقط من / أ.
(3) ساغ الشراب في الحلق: سهل مدخله في الحلق.
وساغ الطعام: نزل في الحلق.
انظر: لسان العرب 8/ 435، والصحاح 4/ 1322.
(4) بلا خلاف.
انظر: المجموع 9/ 52، والأشباه والنظائر للسيوطي / 84.
(5) في / أ: (أن يتجرع اليسير ويكون).
(6) ومنهم إمام الحرمين ابن المؤلف، وهو اختيار الغزالي.
وانظر: المجموع 9/ 51، وروضة الطالبين 3/ 285.
(7) (نص) ساقط من / ج.
(8) في / أ: (فإنها) وما أثبت موافق لنصه في الأم.
(9) (اتيان) ساقط من / ج.
(10) انظر: الأم 2/ 253.
(11) راجع تعريفها.
انظر: ج1 ص 215.

بالامتناع[1]، وكذلك من أكره[2] على أكل الميتة وخاف القتل إن لم يأكلها كان بالامتناع آثماً[3].

ولو أن رجلاً أكره على أكل طعام غيره فامتنع ولم يأكل[4] لم يأثم[5].

والفرق بينهما: أن الحق في الميتة تمخض لله تعالى، وأما طعام الغير فالحق فيه للآدمي، وكذلك المضطر إذا وجد طعام غيره فلم يأكله حتى مات فلا إثم عليه، إلا أن يكون إذن صاحب الطعام موجوداً بقيمة أو بغير قيمة[6].

والمكره على شرب الخمر قدر ما يزيل العقل يمتنع ولا يشرب، فإن قتل لم يأثم بالامتناع[7]، فأما المقدار الذي لا يزيل العقل فحكمه بخلافه، لما قلنا في تسويغ الطعام[8].

---

(1) على القول بأن الأكل واجب. وهو أصح الوجهين.
أما على الوجه الثاني ـ هو أن الأكل مباح ـ فلا يأثم.
انظر: شرح مختصر المزني. خ. ج 10. ورقة: 39 ـ أ، والمجموع 9/ 42، وروضة الطالبين 3/ 282.

(2) في /أ: (ما أكره).

(3) انظر: القواعد للحصني، القسم الأول 2/ 768، والأشباه والنظائر للسيوطي / 207.

(4) في / ج: (فلم يأكل).

(5) لأن الأكل مع الإكراه مباح وليس بواجب، كما صرح به النووي في الروضة.
وقال السيوطي: إنه واجب، كما يجب على المضطر أكل طعام غيره.
فعلى هذا يأثم.
انظر: روضة الطالبين 9/ 142، والأشباه والنظائر للسيوطي / 207. والقواعد للحصني، القسم الأول 2/ 766.

(6) وقال السيوطي: يجب على المضطر أكل طعام غيره.
انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي / 207.

(7) على أصح الوجهين.
الوجه الثاني: أن الشرب واجب إذا كان الإكراه باتلاف نفس أو عضو؛ لأن مفسدة شرب الخمر أخف.
انظر: روضة الطالبين 9/ 142، والقواعد للحصني، القسم الأول 2/ 768، والأشباه والنظائر للسيوطي / 207.

(8) في المسألة الماضية.

وأما المكره على الزنا فعليه الامتناع، ولا يأثم إذا قتل[1]، إنما يأثم إذا زنى[2]، كالمكره على[3] القتل[4].

فإن قيل: كيف يتصور الإكراه على الزنا، وذلك فعل لا يكاد يتأتى إلا بنوع من القصد والاختيار في الانتشار؟.

قلنا: قد يتصور بأن يدخل[5] فرجه في فرجها بيده من غير انتشار، وذلك تمام الزنا[6].

مسألة (737): لحم الجلالة[7] إذا كان متغيراً، فغسل غسل مبالغة وإمعان، فزال التغير كان حراماً[8]، ولو أنها بعد التأثير في اللحم أعلفت[9] أياماً، ثم ذبحت وقد زال التغير[10] كان اللحم حلالاً[11].

والفرق بين الحالتين: أن الذبح أول حاله في استحلال اللحم واستباحته[12]، فإذا ذبحت واللحم متغير حكمنا عقيب الذبح بتحريم اللحم، وإذا حرم في هذه الحالة، فلا تأثير بعد ذلك للغسل والحيلة.

---

(1) في / جـ: (ان قتل).

(2) في / جـ: (بأن يزني).
وانظر: القواعد للحصني، القسم الأول 2/ 766، والأشباه والنظائر للسيوطي / 207.

(3) في / أ: (كالمكره وعلى).

(4) انظر: قواعد الأحكام 1/ 79، والقواعد للحصني، القسم الأول 2/ 765، والأشباه والنظائر للسيوطي / 207.

(5) في / أ: (قلنا يتصور بأن يكره أن يدخل).

(6) فالمعتمد في الزنا الإيلاج.

(7) الجلالة: التي تأكل الجلة والعذرة.
انظر: لسان العرب 11/ 119، والمصباح المنير / 106.

(8) انظر: المجموع 9/ 29، وروضة الطالبين 3/ 278، وفتاوى ابن الصلاح 2/ 709 ـ 710.

(9) في / أ: (علفت).

(10) في / أ: (الأثر).

(11) انظر: المجموع 9/ 29، وروضة الطالبين 3/ 278.

(12) في / جـ: (واستباحه).

فأما إذا حبست[1] وحيل بينها وبين عادتها. وعلفت بالحلال حتى زال ذلك التغير/ ، ثم ذبحت واللحم غير متغير ساعة الذبح حكمنا بتحليله؛ (291/أ) لزوال العلة المانعة قبل حالة الاستباحة وهي حالة الذبح؛ فلذلك فصلنا بين الحالتين.

مسألة (738): الجنين إذا سكن في بطن الأم عقيب ذبح الأم، فذكاته ذكاة أمه وحلال أكله، ولو أن الأم ذكيت، فبقي الجنين في البطن[2] زماناً طويلا ممتداً يضطرب وتظهر آثار حياته، ثم سكن، فالصحيح من المذهب أنه حرام، وأن ذكاة أمه لا تكون ذكاة له[3].

والفرق بينهما: أنه إذا سكن عقيب ذبح أمه[4]، فالظاهر من حاله[5] أنه صار بنزف الأم[6] منزوفاً، فثبت له حكم الأم.

فأما في الحالة الثانية فالظاهر أن ذبح الأم قد مضى وانقضت آثاره، وما أثر في نزف الجنين[7]، بل الظاهر أن الجنين مخنوق، وإذا كان منخنقاً[8] فالمنخنق في نص كتاب الله حرام[9]؛ فلذلك فصلنا في قياس المذهب بين الحالتين.

---

(1) في /أ: (احبست).

(2) (في البطن) ساقط من /أ.

(3) نقل النووي في المجموع والروضة هاتين المسألتين عن المؤلف.
انظر: المجموع 9/ 127، وروضة الطالبين 3/ 279.

(4) في /ج: (الأم).

(5) في /أ: (من حالته).

(6) في /أ: (الدم).

(7) في /أ: (في نزف الدم الجنين).

(8) في /أ: (مخنوقاً).

(9) في /ج: (في نص الكتاب حرام).
والنص قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا۟ بِٱلْأَزْلَٰمِ ۚ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ...﴾ جزء من آية (3) المائدة.

كتاب الرمي والسبق

مسألة (739): المسابقة على الأقدام في سرعة العدو وبالرهن والمُحَلِّل[1] جائزة[2] [3].

والمسابقة على الأقدام مشياً في بعد مدى المشي غير جائزة[4]، مثل أن يقول:

---

(1) المحلل: الداخل بين المتراهنين إن سَبَقَ أخذ، وإن سُبِقَ لم يغرم. وذلك بأن يضع الرجلان رهنين بينهما، ثم يأتي رجل سواهما، فيكون معهما، ولا يضع رهناً، فإن سبق أحد الأولين أخذ رهنه ورهن صاحبه وكان حلالاً له من أجل الثالث وهو المحلل، وإن سبق المحلل ولم يسبق واحد منهما أخذ الرهنين جميعاً وإن سبق هو لم يكن عليه شيء. وهذا لا يكون إلا في الذي لا يؤمن أن يَسْبق، وأما إذا كان بليداً بطيئاً قد أمن أن يَسْبِقهما، فذلك القمار المنهي عنه.
انظر: الصحاح 4/ 1675، ولسان العرب 11/ 169.

(2) في /أ: (جائز).

(3) على أحد القولين.
والقول الثاني: إنها لا تجوز، وهو المنصوص عليه لحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل».
ولأن المسابقة بعوض أجيزت ليتعلم بها ما يستعان به في الجهاد والمشي بالأقدام لا يحتاج إلى التعلم.
انظر: الأم 4/ 230، والمهذب 1/ 414، وروضة الطالبين 10/ 351. وتهذيب الأحكام خ. ج 4. ورقة: 176 ـ ب، وشرح مختصر المزني.خ. ج 10. ورقة: 42 ـ ب.
وحديث أبي هريرة أخرجه أبو داود في كتاب «الجهاد» باب «في السبق» حديث (2574)، والترمذي في كتاب «الجهاد» باب «ما جاء في الرهان والسبق» حديث (1700) وقال: حديث حسن. وأخرجه ـ أيضاً ـ ابن ماجه في كتاب «الجهاد» باب «السبق والرهان» حديث (2878).
والنسائي في كتاب «الخيل والسبق والرمي» باب «السبق» حديث (3352).

(4) في /أ: (غير جائز).

أينا مشى اليوم أكثر فالسَّبَق[1] له[2].

والفرق بينهما: أن السبق في المسألة الأولى إنما يحصل بالإسراع والخفة في العدو[3]، كما يحصل السبق في الخيل بمثل هذا الوصف[4].

فأما إذا تعاقدا على كثرة المشي وبعد مداه، فليس ذلك بإسراع وخفة[5]. ولو تصور مثل ذلك بين الفرسين[6] لم يكن جائزاً[7]، ونظير ذلك في المناضلة بترعات[8]؛ لأن ذلك إنما يختلف[9] بصلابة القوس[10] لا بحذاقة في الرامي[11]، هذا غالب العادة فيه[12]، ولا يُدعى أن الحذاقة مستغنى عنها[13]،

---

(1) السَّبَق، بفتح الباء: ما يجعل من المال رهناً على المسابقة فمن سبق أخذه.
انظر: لسان العرب 10/ 151، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي / 409.

(2) (له) ساقط من / ج.
وهذه المسألة مفرعة على القول بجواز المسابقة على الأقدام.

(3) (في العدو) ساقط من / ج.

(4) (الوصف) ساقط من / ج.

(5) في / أ: (خفة) بسقوط الواو قبلها.

(6) في / أ: (في الفرسين).

(7) انظر: روضة الطالبين 10/ 452، ومغني المحتاج 4/ 313.

(8) في / ج: (ويظهر هذا بتعيين في المناضلة في قياس المذهب وهي المناضلة بين).
والترعات: جمع ترعة مذكر ترع، والترع: الكثير.
والمعنى: أن المناضلة على كثرة المسافة في الرمي وبعد مداه جائزة.
انظر: روضة الطالبين 10/ 367، ولسان العرب 8/ 32.

(9) في / ج: (يمتنع) ثم وضع فوقها: (يختلف).

(10) في / ج: (في القوس).

(11) في / أ: (لا بحداقة في الرمي)، وفي/ج: (لا بحذاقة في الرامي) ثم وضع فوقها: (لا بحرافة الرمي).

(12) (فيه) ساقط من / ج.

(13) في / أ: (فيها).

فإن العلم بهذا النوع من الرمي يشتمل على فنون ومسائل شتى غير أن[1] التغليب للآلة، لا للرامي[2].

مسألة (740): المسابقة بين الخيل ممنوعة ما لم تكن المسافة[3] معلومة[4]. والمناضلة بين الرماة جائزة عند كثير من أصحابنا، وإن لم تكن الأرشاق[5] معلومة[6].

والفرق بينهما: أن الأرشاق وإن كانت مجهولة فالقرعات[7] المشروطة مضبوطة معلومة، فأيهما[8] استوفاها قبل أن يستوفيها الآخر في المبادرة[9] فضل صاحبه، وفي المحاطة[10] بعد الحط، فاستغنينا بعلم القرعات عن علم الأرشاق.

---

(1) (أن) ساقط من / أ.

(2) في / أ: (للرمي).

(3) في / أ: (المسابقة).

(4) انظر: روضة الطالبين 10/ 352، ومغني المحتاج 4/ 313.

(5) الأرشاق: جمع رشق. والرشق: الرمي. وكل شوط ووجه من ذلك: رشق. والرّشق بالكسر: هو الوجه من الرمي ما بين عشرين سهم إلى ثلاثين.
انظر: لسان العرب 10/ 116 ـ 117، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي / 411.

(6) قال النووي والمذهب وبه قطع عامة الأصحاب يشترط ذكر عدد الأرشاق.
انظر: روضة الطالبين 10/ 369، والوجيز 2/ 220 ـ 221، ونهاية المطلب خ. ج 15. ورقة: 34 ـ أ.

(7) القرعات: الإصابات. من القرع وهو: الضرب.
انظر: لسان العرب 8/ 265، والمصباح المنير / 499، وروضة الطالبين 10/ 366، ومغني المحتاج 4/ 316.

(8) في / ج: (وأيهما).

(9) المبادرة: أن يتناضلا ويقولا أينا أصاب الهدف بعشرة فقد سبق صاحبه.
انظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي / 414، وحلية الفقهاء / 204.

(10) المحاطة: أن يسقط أكثرهما إصابة من اصاباته مثل عدد إصابات الآخر. مثاله: قالا: يرمي كل واحد عشرين سهماً، وتضم الإصابات بعضها إلى بعض، فمن فضل له خمسة مثلاً، فهو فاضل.
انظر: تحرير ألفاظ التنبيه / 229، وحلية الفقهاء / 204.

فأما المسابقة عن غير إعلام الغاية فليس فيها مدى[1] معلوم وحد مضبوط، وإنما الحد المعلوم[2] فيها المسافة[3] المعلومة يستبقان إليها، فإذا[4] كانت مجهولة ما كانا[5] على بصيرة من مقصود[6] عقدهما ومنتهى شرطهما.

(291/ب) **مسألة (741)**: المناضلة إذا كانت مبادرة /فرمى البادي بعدما أصاب القرعات المشروطة[7] إلا واحدة فأصاب بها ولصاحبه مثل القرعات التي كانت له قبل الإصابة الأخيرة لم نحكم للبادي بالفلح[8] حتى يراسله[9] صاحبه[10]، وإن كانت إصابات الثاني دون إصابات البادي ولو بواحدة حكمنا للبادي بالفلح وإن لم يرم صاحبه السهم الذي يراسله به[11].

والفرق بين المسألتين: أن الثاني إذا كان على مثل إصابات البادي وأصاب البادي سهمه الأخير، فقد رمى زيادة سهم لم يرمه صاحبه، ولو حكمنا له بالفلح كان ذلك محالاً؛ لأن الفلح حصل حينئذٍ بزيادة الرمي، لا بالحذاقة منه، فإذا رمى صاحبه وراسله وتساويا[12] في العدد نظرنا: فإن أصاب صاحبه، كما أصاب هو

(1) (مدى) ساقط من /ج.
(2) في /أ: (معلوم).
(3) في /أ: (المسابقة).
(4) في /أ: (وإذا).
(5) في /أ: (ما كانتا).
(6) في /أ: (مقصوده).
(7) في /ج: (المشروعة).
(8) وردت في النسختين بهذا اللفظ والمشهور في كتاب السبق والرمي «الفلج» وكلا اللفظين صواب فهما بمعنى الفوز والظفر.
انظر: لسان العرب 2/ 347، 547، والمصباح المنير / 480 ـ 481، والأم 4/ 237، ومختصر المزني / 288.
(9) يراسله: يوافقه ويتابعه.
انظر: لسان العرب 11/ 284، والمصباح المنير / 227.
(10) انظر: روضة الطالبين 10/ 379، وشرح مختصر المزني خ. ج 10. ورقة: 49 ـ ب.
(11) انظر: روضة الطالبين 10/ 379، وشرح مختصر المزني خ. ج 10. ورقة: 49 ـ أ.
(12) في /أ: (فتساويا).

فقد تساويا في الإصابات، كما تساويا في عدد الرمي، ولم ينضل أحدهما صاحبه، وإن كانت قرعات الثاني دون قرعات الأول ـ وهي المسألة الثانية ـ فقد حكمنا للأول بالفلح وإن لم يرم صاحبه؛ لأنه وإن رمى فأصاب، فلا يساوي البادي في عدد الإصابات، ولا سبيل إلى أن نحسب إصابته إصابتين[1]، أو إصابات، فلذلك فصلنا بين المسألتين.

مسألة (742): إذا تشارطا الخواسق[2] فأصاب بسهمه[3] مكاناً لو لم ينخرم[4] الهدف لأحاط به لكنه انخرم حسب له ذلك[5] خاسقاً قولاً واحداً[6]، وإن أصاب الطرف فخرم[7] لم يحسب خاسقاً على أحد القولين[8].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا أصاب نهاية الطرف لم يتصور أن يحيط الهدف بالسهم بحال؛ لأنه ما نال إلا طرفه[9]، فأشبه أن يصيب ما فوق[10] النصل[11]

(1) في / أ: (تحتسب اصابة اصابتين).
(2) الخواسق: إذا رمى بالسهام فمنها: الخاسق وهو: المقرطس.
وهو لغة في الخازق. وهو الذي إذا أصاب القرطاس أو الشن خزقه: أي ثقبه ولم ينفذ نفاذاً شديداً.
انظر: لسان العرب 10/ 80، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي / 409.
(3) في / أ: (سهمه).
(4) في / جـ: (ينحرف).
(5) (ذلك) ساقط من / جـ.
(6) انظر: الأم 4/ 232، ومختصر المزني / 288، وروضة الطالبين 10/ 376.
(7) في / أ: (فخرام).
(8) والقول الثاني ـ وهو الأظهر ـ: أنه يحسب.
انظر: الأم 4/ 232، ومختصر المزني / 288، وروضة الطالبين 10/ 376.
(9) في / جـ: (الأطراف).
(10) في / جـ: (ما فرق).
(11) النصل: حديدة السهم.
انظر: لسان العرب 11/ 662، والقاموس المحيط 4/ 57.

من السهم خاصرة[1] الهدف، فلا يحتسب[2] ذلك في الإصابات والخواسق[3].
فأما[4] في المسألة الثانية فقد أصاب السهم فيها من[5] الهدف مكان الخسق وخسق وأحاط به[6] الهدف غير أنه تفطر من بعد وانشق[7]، فلا اعتبار بما يحدث بعد حقيقة اسم الخاسق من آفة وعارض، وأما إصابة الجريدة[8] وإصابة العلاقة[9] فذلك عند كثير من الرماة غير محسوب في الإصابات ولا في الخواسق[10]، وعلى هذا عادة الرماة اليوم.

مسألة (743): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لابأس أن يناضل أهل النُّشّاب[11] أهل

(1) الخاصرة: يمين الغرض أو يساره.
انظر: روضة الطالبين 10/ 375، والمهذب 1/ 421.
(2) في / ج: (فلا يحسب).
(3) إلا أن يشترط اصابة الخاصرة فتحسب.
انظر المرجعين السابقين.
(4) في / ج: (أما).
(5) في / ج: (م).
(6) (به) ساقط من / أ.
(7) في / أ: (من بعيد واسبق).
(8) في / أ، ج: (الحديدة) ولعل الصواب ما أثبت.
والجريدة: السعفة.
والمراد بها هنا: السعفة التي ينصب الغرض عليها.
انظر: لسان العرب 3/ 118، والمصباح المنير / 96، ونهاية المطلب. خ. جـ 15، ورقة: 38 ـ ب.
(9) العلاقة: ما يعلق به.
والمراد بها هنا: ما يعلق به الغرض.
انظر: لسان العرب 10/ 265، والمهذب 1/ 421.
(10) وفي الجريدة والعلاقة قول: إنه إذا أصابها تحسب له اصابة؛ لأنهما من جملة الغرض.
انظر: المهذب 1/ 421، ونهاية المطلب.خ. ج 15. ورقة: 38 ـ ب.
(11) النّشّاب: السهم الذي يرمى به عن القسي الفارسية.
والنبال: السهم الذي يرمى بها عن القسي العربية.
انظر: لسان العرب 1/ 757، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي / 414، وتحرير ألفاظ التنبيه / 225.

العربية وأهل الحُسبان[1]؛ لأن كلها نصل، وكذلك القسي[2] الدودانية[3] والهندية وكل قوس يرمى عنها[4] بسهم[5] ذي نصل[6].

وقال بعض مشايخنا: لا يجوز أن يسابق أهل البراذين[7] أهل الأفراس[8] العربية[9].

والفرق بين المسألتين: أن الاعتبار في المناضلة بالرمي وإن كان للآلة أثر فليس الغلبة/ [لها في التأثير، بل الغلبة له، وأما الخيل، فالغلبة][10] في التأثير لها، لا (292/أ)

(1) الحُسبان: سهام صغار يرمى بها عن القسي الفارسية يرمي بها الرجل في جوف قصبة ينزع في القوس، ثم يرمي بعشرين منها فلا تمر بشيء إلا عقرته من صاحب سلاح، أو غيره، فإذا نزع في القصبة خرجت الحسبان كأنها مطر شديد فتفرقت في الناس. واحدتها: حسبانة.
انظر: لسان العرب 1/ 315، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي / 274.

(2) القسي: جمع قوس.
انظر: لسان العرب 6/ 185، والمصباح المنير / 519.

(3) القسي الدودانية: منسوبة إلى دودان قبيلة من بني أسد. وهو دودان بن أسد بن خزيمة.
انظر: شرح مختصر المزني.خ. ج 10. ورقة: 51 ـ أ، وروضة الطالبين 10/ 364، ولسان العرب 3/ 167.

(4) قال النووي: قال ابن السكيت وغيره من أهل اللغة: «يقال: رميت عن القوس، ورميت عليها، ولا يقال: رميت بها». أ. هـ.
تحرير ألفاظ التنبيه / 230.

(5) في /أ: (فسهم).

(6) مختصر المزني / 288، وانظر: الأم 4/ 233، وشرح مختصر المزني خ. ج 10. ورقة: 51 ـ أ، وروضة الطالبين 10/ 364.

(7) البراذين: البراذين من الخيل: ما كان من غير نتاج العرب.
انظر: لسان العرب 13/ 51، وتحرير ألفاظ التنبيه / 226.

(8) في /أ: (الأقواس) وهو خطأ.

(9) وممن ذهب إلى ذلك أبو إسحاق المروزي.
انظر: المهذب 1/ 414، وروضة الطالبين 10/ 357.

(10) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

للراكب، وإن كان الراكب لا يستغني عن حذاقة وشهامة[1].

ولهذه النكتة قلنا: متى ما تعاقدا عقد النضال جاز لكل واحد منهما إبدال القوس والسهم[2]، ولا يجوز إبدال الرامي[3]، وأما المسابقة على الخيل، فلا يجوز فيها إبدال الفرس[4]، ويجوز فيها[5] إبدال الفارس[6].

مسألة (744): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: لو تشارطا القريب[7] واشترطا من أصاب الهدف حسب له ذلك قريبين[8] كان جائزاً[9].

---

(1) الشهم: الذكي الفؤاد المتوقد، الجلد.
انظر: لسان العرب 12/ 328، والصحاح 5/ 1963.

(2) انظر: روضة الطالبين 10/ 364، والمهذب 1/ 417.

(3) انظر: الأم 4/ 234، وروضة الطالبين 10/ 386، ومغني المحتاج 4/ 319، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 180 ـ ب.

(4) انظر: روضة الطالبين 10/ 358، 364، ونهاية المطلب.خ. ج 15 ورقة: 41 ـ أ.

(5) (فيها) ساقط من /أ.

(6) انظر: روضة الطالبين 10/ 386، ومغني المحتاج 4/ 319.

(7) القريب: هو الحابي. وهو الذي يقع قريباً من الهدف.
وليس المراد به هنا: صفة السهام وإنما صفة الرمي.
قال النووي: «ولم يجعل كثير من الأصحاب الحوابي صفة السهام، لكن قالوا الرمي ثلاثة: المبادرة والمحاطة والحوابي، وهو: أن يرميا على أن يسقط الأقرب.. الأبعد..» أ. هـ روضة الطالبين 10/ 381. وستتضح صورة الحوابي فيما سأذكره عن الطبري في نهاية المسألة. انظر: شرح مختصر المزني.خ. ج 10. ورقة: 57 ـ أ، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 182 ـ ب.

(8) في /أ، ج: (فرسين). والصواب ما أثبت، لأن القريب هو الحابي كما سبق.

(9) نقل المؤلف هذا النص بالمعنى من قول الشافعي ـ رحمه الله ـ: «وإن تشارطا أن القرع بينهما حواب كان الحابي قرعة والخاسق قرعتين. إلى قوله: ولكن إن أصاب أحدهما، وأخلى الآخر حسب للمصيب صوابه، ثم ننظر في حوابيهما فإن كان الذي لم يصب أقرب بطل قربه بمصيب مناضله، فإن كان المصيب أقرب حسب له من نبله ما كان أقرب مع مصيبه..» أ. هـ الأم 4/ 231.
ونقل النووي ـ رحمه الله ـ المسألة عن الشافعي بعبارة أوضح فقال: «ولو كان الشرط الحوابي، فشرطا أن يحسب الخاسق حابيين جازه نص عليه في الأم؛ لأن الخاسق يختص=

ولو تشارطا الإصابة على أن من أصاب الرقعة[1] حسب له ذلك إصابتين لم يجز[2].

وقال بعض مشايخنا: يتعذر الفرق بين المسألتين، وما يمكن من الفرق بينهما أن يقال: متى ما تشارطا القريب[3]، فوقع سهم أحدهما على القرب من الهدف بحيث لا تزيد المسافة بين الهدف[4]وبين ذلك السهم الواقع على طول سهم كان ذلك محسوباً قريباً، فإذا أصاب الهدف ففيه ـ من وجهين ـ معنى القرب فحسبنا قريبين.

فأما إذا أصاب الرقعة فالرقعة كالجزء من أجزاء الهدف، ومعلوم أن المقصود بالإصابة جميع أجزائه، فإذا أصاب الرقعة، فهو جزء من أجزائه، وإن أصاب الطرف من أطرافه فكذلك، ولا سبيل إلى أن يحسب إصابتين من الإصابة الواحدة[5].

=بالاصابة والثبوت فجاز أن تجعل تلك الزيادة مقام حاب» أ. هـ روضة الطالبين 10/ 389، وانظر: شرح مختصر المزني. خ. جـ 10. ورقة: 57 ـ أ، وتهذيب الأحكام. خ. جـ 4. ورقة: 182 ـ ب.

(1) الرقعة: عظم ونحوه يجعل وسط الغرض.
انظر: روضة الطالبين 10/ 367 ـ 368، ومغني المحتاج 4/ 316.

(2) قال الشافعي: «ولا يجوز أن يتناضل رجلان على أن في يد أحدهما من النبل أكثر مما في يد الآخر، ولا على أنه إذا خسق أحدهما حسب خاسقه خاسقين وخاسق الآخر خاسقاً» أ. هـ الأم 4/ 233.
وانظر: مختصر المزني / 288، وروضة الطالبين 10/ 289، وشرح مختصر المزني.خ. جـ 10. ورقة: 51 ـ ب، 57 ـ أ.

(3) في /أ: (القرب).

(4) في /أ: (عن الهدف).

(5) ذكر الطبري هاتين المسألتين وفرق بينهما بفرق قريب مما ذكر المؤلف فقال: إذا تناضلا والرشق عشرون على أن خمسة منها حوابي، والحوابي: ما يقع حول الشن ولا يقع فيه على أن الأقرب من رميه يسقط إلا بعد من رمى صاحبه كان ذلك جائزاً. قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: وهو ضرب من المحاطة، فإذا رماه أحدهما خمسة ووقعت حول الشن متفرقة بعضها أقرب من بعض فإن بعضها لا يسقط البعض؛ لأن رميات نفسه لا يسقط بعضها=

مسألة (745): إذا أغفل[1] المتناضلان ذكر مقدار المسافة وصغر الغرض[2] وكبره في أصل العقد كان العقد باطلاً[3]، وإن أغفلا ذكر مقدار الرفع من الأرض عند الوضع كان العقد صحيحاً في أحد القولين[4].

والفرق بين المسألتين: أنهما إذا أغفلا المسافة والكبر والصغر ـ والعادات في هذه المسائل مختلفة حداً. صار المقصود مجهولاً، واقتضت الجهالة فساد العقد.

فأما[5] في المسألة الأخرى[6] ـ وهي قدر الرفع من الأرض ـ فالعادة فيها

=بعضاً، فإذا رمى صاحبه فإن كان قد وقعت رمياته كلها بعد رميات الأول فإنه يسقطها، وإن وقعت قبلها أسقطتها التي هي أقرب، وإن وقع بعضها قبلها وبعضها بعدها، فالذي وقع أقرب يسقط الأبعد من رميات الآخر، وكذلك إذا أصاب الشن فإنه يسقط الذي وقع حوله؛ لأن القصد الحذق والمصيب للشن أحذق من الحابي.

فأما إذا شرطا على أن يحسب الخاسق بحابيين فإنه يجوز، وذكرنا فيما مضى أن الخاسق لا يحسب بخاسقين.

والفرق بينهما: هو أن المقصود من الرمي: الحذق فإذا وجد الخسق منه جاز أن يقوم مقام حابيين؛ لأن الحذق فيه أكثر، وليس كذلك إذا شرطا أن يحسب الخاسق بالخاسقين؛ لأن هنا إذا غلب فليس بجودة الرمي، وإنما هو بأن حسب له ما لم يصب، والخاسق الواحد لا يجوز أن يقوم مقام خاسقين؛ ولذلك إذا أشرطا الإصابة بحابيين، فإنه يجوز، والعلة ما ذكرناه» أ. هـ.

شرح مختصر المزني خ. ج 10. ورقة: 57.

(1) في /أ: (إذا غفل).

(2) الغرض: هدف ينصب في الهواء يرمى فيه.
انظر: لسان العرب 7/ 196، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي / 412.

(3) على أحد القولين.
القول الثاني: إن العقد صحيح.
انظر: روضة الطالبين 10/ 366 ـ 367، والمهذب 1/ 418، وشرح مختصر المزني خ. ج 10 ورقة: 45 ـ أ، 54 ـ أ، ونهاية المطلب خ. ج 15 ورقة: 36 ـ ب.

(4) والقول الثاني: إن العقد باطل.
انظر: روضة الطالبين 10/ 366 ـ 367، والمهذب 1/ 418، وشرح مختصر المزني خ. ج 10. ورقة: 54 ـ أ، ونهاية المطلب خ. ج 15. ورقة: 36 ـ ب.

(5) في /ج: (وأما).

(6) في /أ: (الأولى) وهو خطأ.

أغمض وأخفى، فإذا أطلقا ولم يذكرا ـ وكانت العادة لخفائها وغموضها غير مضطربة ولا مختلفة ـ أمكن[1] حملها على وسط من الأرض، لا خفض بليغ ولا رفع بليغ، وذلك مما يعقل من هذا الشأن.

والعقود المطلقة مبنية على هذا الأصل وهو: أن الشيء إذا كانت فيه عادة واحدة ولم يكن له عادات مشهورة كان[2] المتعاقدان مستغنيين[3] بالإطلاق عن التقييد، وإذا كانت العادات المتقابلة[4] كثيرة مشهورة لم يجز[5] الإطلاق، إذ ليس بعضها أولى بالتقديم[6] من بعض[7].

مسألة/ (746): إذا تناضل رجلان على مال معلوم، فقال أحدهما للثاني ـ وهما في (292/ب) أثناء الارشاق ـ: إن أصبت هذا[8] السهم الذي هو في القوس فلك عليَّ مال آخر سوى السَّبَق الموضوع كان ذلك جائزاً[9].

ومثله لو قال: إن أصبت بهذا السهم فقد نضلتني[10] ـ وذلك قبل استيفاء

---

(1) في /أ: (مكن).
(2) في /أ: (فإن).
(3) في /أ: (مستغنين).
(4) في /أ: (متقابلة).
(5) في /أ: (ولم يجز).
(6) (بالتقديم) ساقط من /أ.
(7) ذكر إمام الحرمين هذا الأصل في باب بيع الأصول والثمار فقال: «كل ما يتضح فيه اطراد العادة، فهو المحكم ومضمره كالمذكور صريحاً، وكل ما يعارض الظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه فهو مثار الخلاف» أ. هـ.
نهاية المطلب. خ. ج 12. ورقة: 41 ـ أ.
ويعبر عن هذا لأصل بقولهم: «العادة إذا اطردت ينزل اللفظ في العقود عليها وإذا اضطربت لم تعتبر ووجب البيان، وإذا تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف».
انظر: المنثور في القواعد 2/ 361، والأشباه والنظائر للسيوطي / 92.
(8) (هذا) ساقط من /أ.
(9) انظر: الأم 4/ 234، وشرح مختصر المزني. خ. ج 10 ورقة: 52 ـ ب.
(10) في /أ: (فصلتني).

القرعات المشروطة ـ كان غير جائز[1].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا قال: إن أصبت فلك عليَّ مال آخر سوى المال الموضوع فإنه لم يعترض[2] بذلك على شرط العقد السابق، ولكن تبرع[3] بأن يعطيه زيادة، فتصير الرمية الواحدة محسوبة له في حساب العقد وفي غير حساب العقد، ولو أن ثالثاً قال لأحد المتناضلين: إن أصبت بهذا السهم فلك عليَّ كذا جاز، واستحق بالرمية الواحدة المال[4].

وأما[5] إذا قال: إن أصبت بهذا السهم فقد نضلتني فهو اعتراض منه على الشرط الموجود في العقد السابق[6] ومضادة له، ولا سبيل له[7] إلى المضادة، فإن تراضيا على التفاسخ[8] والاستئناف فشأنهما، فأما تغيير[9] مقتضى العقد الأول وقصد استحقاق المال بذلك العقد، فذلك مما ينافي ويتضاد.



(1) انظر: الأم 4/ 234، ومختصر المزني / 288، وروضة الطالبين 10/ 389، وشرح مختصر المزني.خ. ج: 10 ورقة: 52 ـ ب.
(2) في / أ: (لم يتعرض).
(3) في / أ: (يتبرع).
(4) انظر: روضة الطالبين 10/ 380 ـ 381، ونهاية المطلب.خ. ج 15. ورقة: 44 ـ أ، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 183 ـ ب.
(5) في / ج: (فأما).
(6) في / أ: (ومضاد).
(7) (له) ساقط من / أ.
(8) في / أ: (على التناسخ).
(9) في / أ: (فأما تغير).

كتاب الايمان والنذور

مسألة (747): إذا أعتق الأجنبي عن ميت رقبة في كفارة، فالمذهب الصحيح أن العتق لا ينصرف إلى الميت ولا يقع له[1]، وإنما[2] يقع عن الأجنبي[3].

ولو كان على الميت دين، فقضاه الأجنبي صح القضاء عنه[4].

والفرق بينهما: أن العتق يقتضي تمليكاً سابقاً؛ لأن من[5] ضرورته أن يثبت الولاء لمن ينسب[6] العتق إليه[7]، وإنما يثبت الولاء له[8] بأن يصدر العتق عن ملكه، وليس للأجنبي ولاية تمليك الميت؛ لأنه لم ينصبه وصياً، وليس بينه وبينه سبب وعلقة.

وأما قضاء الدين، فلا حاجة فيه إلى التمليك، وإنما المقصود منه أن تبرأ[9] ذمته بما يقضى من دينه ويستغني في ذلك عن تمليك؛ فلذلك[10] حكمنا بصحته.

وأما الوارث [إذا أعتق عن الموروث في كفارته فكذلك: العتق راجع إليه[11]،

(1) (ولا يقع له) ساقط من / ج.
(2) في / أ: (فإنما).
(3) انظر: الأم 7/ 65، ومختصر المزني / 292، وروضة الطابين 11/ 26.
(4) بلا خلاف في المذهب.
انظر: شرح مختصر المزني.خ. ج 6. ورقة: 241 ـ ب، وكفاية النبيه.خ. ج 8 ورقة: 138 ـ ب، وروضة الطالبين 6/ 200، ومغني المحتاج 3/ 68.
(5) في / أ: (لا من).
(6) في / ج: (لمن يثبت).
(7) في / أ: (له).
(8) (له) ساقط من / أ.
(9) في / أ: (أن يفتدي).
(10) في / ج: (وكذلك).
(11) إلى المورث.

وإن لم ينصبه وصياً؛ لأن الوارث][1] يخلف المورث[2] بالشرع وينزل في الحقوق منزلته ويقوم مقامه فيها[3].

مسألة (748): الاعتبار في الطهارات وأفعال الصلاة بحالة الأداء لا بحالة الوجوب[4]، وفي الكفارة قولان[5].

والفرق: أن جميع موجبات الكفارة سابقة فاعتبرنا فيها وقت وجوبها بالأسباب السابقة، وهذا مفقود في الطهارات والصلاة[6].

(293/أ) فإن قيل: سبب / الطهارة سابق أيضاً؛ لأنها وجبت بالحدث السابق.

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
انظر: روضة الطالبين 11/ 26، وشرح مختصر المزني.خ. ج 10 ورقة: 84 ـ أ. ب.

(2) في / أ: (الموروث).

(3) سبق أن ذكرت ضابطاً لما ينتقل إلى الوارث من الحقوق وما لا ينتقل.
راجع ج2 ص 555.

(4) ومن فروع هذه القاعدة في الطهارات ما ذكره المزني: أن من أحدث فلم يجد ماء فلم يدخل بالصلاة بالتيمم حتى وجد الماء أن فرضه الوضوء.
ومن فروعها في الصلاة: أنه لو دخل عليه وقت الظهر وهو عبد فلم يصل حتى عتق صار فرضه الجمعة.
انظر: مختصر المزني / 292، والمهذب 1/ 104، ومغني المحتاج 3/ 365.

(5) أحدهما: أن الاعتبار بوقت الأداء. وهو الأصح.
الثاني: أن الاعتبار بوقت الوجوب.
والقولان منصوصان للشافعي.
وينبني على هذين القولين تكفير العبد إذا حنث، ثم عتق فأراد أن يكفر بالمال وهو موسر.
فعلى القول الأول يكفر بالمال؛ لأنه موسر حالة التكفير.
وعلى القول الثاني لا يكفر بالمال؛ لأنه عبد وقت الوجوب.
انظر: الأم 7/ 66، ومختصر المزني / 292، والسلسلة.خ. ورقة: 168 ـ أ ـ ب، ومغني المحتاج 3/ 365، وروضة الطالبين 8/ 298، والأشباه والنظائر للسيوطي / 400.

(6) في / أ: (الصلوات).

قلنا: إن الحدث السابق ما أوجب الطهارة وإن كان سبباً؛ ولذلك من[1] أصابته جنابة في جنح الليل فلا يجب الغسل عليه ما لم يطلع الفجر، ولا طهارة تجب على المحدث ما لم يدخل الوقت؛ فلذلك اعتبرنا الحالة[2] الأخيرة[3] ولم نعتبر الحالة السابقة، [بخلاف الكفارات فإنا نعتبر الحالة السابقة][4].

مسألة (749): إذا اعتبرنا في الكفارات زمان الوجوب وكان موسراً حين وجبت، ثم أعسر[5]، فصام كان صومه غير محسوب[6]، وعلى هذا القول، لو كان معسراً حين وجبت، فأيسر، وكفر بالمال كانت محسوبة[7]، نص عليه الشافعي رضي الله عنه.

والفرق بينهما: أن الصوم إذا وجب في الحالة الثانية[8] لإعساره، فعدل عند الأداء إلى المال، فقد عدل عن البدل إلى الأصل، والأصول مجزية بكل حال، وإذا كانت الأصول[9] مجزية، فهي أولى من الأبدال بالإجزاء.

فأما إذا كان الأصل هو الواجب؛ لكونه موسراً في الحال الأولى، فليس له العدول عن الأعلى إلى الأدنى، كما كان له العدول عن الأدنى إلى الأعلى.

مسألة (750): المرأة إذا حاضت في أثناء الشهرين المتتابعين صح لها التتابع ولم ينقطع بالحيض[10].

---

(1) في / ج: (وكذلك أن من).
(2) (الحالة) ساقط من / أ.
(3) وهي حالة الأداء.
(4) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.
(5) من قوله: «أعسر» إلى قوله: «فأكل من ذلك» في مسألة رقم (753) ساقط من / أ.
(6) انظر: الأم 7/ 66، ومختصر المزني / 292، وروضة الطالبين 8/ 299.
(7) على الصحيح؛ لأنه أعلى من الصوم.
وقيل: لا يجزئه؛ لتعين الصوم في ذمته.
انظر: الأم 7/ 66، ومختصر المزني / 292، وروضة الطالبين 8/ 299.
(8) في / ج: (الأولى) والصواب ما أثبت.
(9) في / ج: (الأبدال) والصواب ما أثبت.
(10) انظر: روضة الطالبين 8/ 302، ومغني المحتاج 3/ 365.

ولو أنها حاضت في أثناء صوم كفارة اليمين في قول التتابع[1] لزمها الاستئناف عند كثير من أصحابنا[2].

والفرق بينهما: أن الأيام الثلاثة في كفارة اليمين مدة قصيرة لا يتعذر عليها أن تتباعد بها عن حيضها حتى تأتي بها منزهة عن الحيض، فإذا لم تفعل، فكأنها تعمدت وضعها في زمان يقطعها، فألزمناها الاستئناف.

فأما صوم الشهرين في القتل وفي جماع رمضان، فمدة متطاولة، والغالب من عادتهن اشتمال كل شهر على حيض، ولو كلفناها الاستئناف لم تأمن أن تلقى في القضاء ما لقيت في الأداء؛ فلذلك فصلنا بين المسألتين.

مسألة (751): إذا حلف الرجل وقال: والله لا آكل من طعام اشتراه فلان، فاشترى فلان مع رجل آخر طعاماً صفقة واحدة، فأكل منه لم يحنث[3].

---

(1) في وجوب التتابع في صيام كفارة اليمين قولان:
القول الأول: ـ وهو القديم ـ: يجب التتابع؛ لأن ابن مسعود قرأ «ثلاثة أيام متتابعات».
القول الثاني: ـ وهو الجديد ـ: أنه لا يجب التتابع؛ لأن آية اليمين نسخت متتابعات تلاوة وحكماً.
انظر: مغني المحتاج 4/ 328، وروضة الطالبين 8/ 303 ـ 304، 11/ 21.

(2) وممن ذهب إلى ذلك أبو الطيب الطبري.
وهذا أحد الطريقين. وممن صرح بهذا الدارمي والمتولي، فقالا: المذهب انقطاعه.
الطريق الثاني: أن التتابع لا ينقطع قطعاً.
انظر: روضة الطالبين 8/ 303 ـ 304، وحلية العلماء 7/ 309، وشرح مختصر المزني خ. ج 10. ورقة: 90 ـ أ، ب.

(3) على الصحيح.
وقيل: يحنث؛ لأنه ما من جزء إلا وقد ورد عليه شراء فلان. وهذا اختيار القاضي أبي الطيب.
انظر: روضة الطالبين 11/ 45 ـ 46، ومغني المحتاج 4/ 352، وحلية العلماء 7/ 296.

ولو اشترى كل واحد من الرجلين طعاماً منفرداً بعقده، ثم خلطا طعاميهما، فأكل منه حنث[1].

والفرق بينهما: أنهما إذا اشتركا في الصفقة لم يتحقق في جزء من الأجزاء نسبة الشراء إلى فلان؛ لأنه ما اشتراه، وإنما اشترياه جميعاً معاً.

فأما إذا انفرد كل واحد منهما بالعقد بشرى طعام، ثم خلطا منه في المخلط، فليس كذلك، فإنه إذا أكله، فقد أكل جزءاً من الطعام الذي اشتراه فلان حقيقة، وتحققت النسبة فيه[2]، فصار بحقيقة الصفة الموجودة.

مسألة (752): إذا قال المتطيب، أو المتطهر: والله لا أتطيب، ولا أتطهر لم يحنث باستدامة الطيب والطهارة[3].

وإذا قال اللابس، أو الراكب: والله لا ألبس ولا أركب حنث بالاستدامة[4].

والفرق بينهما: يعرف اللسان باطلاق العبارة، وذلك أن الرجل إذا كان على طهارة، فمن المحال أن يقال له: تطهر على معنى تكليف الاستدامة، وكذلك تستحيل هذه العبارة في التطيب.

فأما في اللبس والركوب، فليست بمستحيلة[5]، لأن الراكب إذا أراد النزول حسن أن يقال له: اركب إلى موضع كذا، أي: استدم الركوب، ومثل ذلك اللبس؛ ولذلك فصلنا بينهما.

---

(1) على أصح الأوجه.
الوجه الثاني: لا يحنث وإن أكل الجميع. وبه قال ابن أبي هريرة؛ لأنه لا يمكن الاشارة إلى شيء منه بأنه اشتراه فلان.
الوجه الثالث: ـ وهو قول الأصطخري ـ: إن أكل أكثر من النصف حنث، وإلا فلا. واختاره القاضي أبو الطيب.
انظر: المراجع السابقة.

(2) في / ج: (فيها) ولعل الصواب ما أثبت؛ لأن المراد: أن النسبة تحققت في الجزء المأكول.

(3) انظر: روضة الطالبين 11/ 28 ـ 29، ومغني المحتاج 4/ 331، وحلية العلماء 7/ 259.

(4) انظر: روضة الطالبين 11/ 28، ومغني المحتاج 4/ 331، والوجيز 2/ 226.

(5) في / ج: (فليس لمستخيله) ولعل الصواب ما أثبت.

مسألة (753): إذا قال: والله لا آكل خبزاً خبزه فلان، فأوقد غير فلان وعجن غيره وخبز فلان فأكل من ذلك[1] الخبز حنث الحالف[2].

ولو أن المحلوف عليه أوقد وعجن وخبز[3] غيره لم يحنث الحالف[4].

فأما إذا قال: والله لا آكل[5] لحماً طبخه فلان، فتعاون فلان وجماعة[6] فطبخوا. نظرت في كيفية التعاون[7]، فإن أوقد فلان ساعة، ثم أعرض، فأوقد غيره حتى أنضج حنث الحالف[8].

وإن اشتركا معاً في الإيقاد، فوضعا تحت القدر خشبة معاً، فأكل منه لم يحنث[9].

وإنما كان كذلك؛ لأن الخبز عبارة[10] عن إلصاق العجين بالتنور، لا عن السجر[11] وسائر المقدمات.

وأما الطبخ، فعبارة عن الإيقاد تحت القدر، فإذا أوقد فلان بعض الإيقاد على حالة الانفراد، فقد حصل منه بعض الطبخ.

---

(1) بعد قوله: «ذلك» ينتهي السقط من /أ.
(2) انظر: روضة الطالبين 11/ 45، وتهذيب الأحكام.خ. جـ 4. ورقة 199 ـ أ.
(3) في /أ: (رحره).
(4) في /أ: (لم يحب التحالف).
وانظر المرجعين السابقين.
(5) في /أ: (لا أكلت).
(6) في /أ: (فعاونت فلان جماعة).
(7) في /أ: (المعاون).
(8) انظر: تهذيب الأحكام خ. جـ 4. ورقة: 198 ـ ب، ونهاية المطلب. خ. جـ 15 ورقة: 69 ـ أ.
(9) انظر المرجعين السابقين.
(10) في /أ: (رعاية).
(11) في /جـ: (التسجير).
والسجر: إيقاد التنور.
انظر: لسان العرب 4/ 346، والصحاح 2/ 677.

فأما إذا وضعا معاً الحطب تحت القدر، فقد تحقق الاشتراك في الفعل، فصار كما قلنا في قوله: والله لا آكل طعاماً اشتراه[1] فلان[2].

مسألة (754): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو حلف لا يدخل داراً فانهدمت حتى صارت طريقاً لم يحنث؛ لأنها ليست بدار»[3]. وكذلك البيت[4] عند الشافعي إذا انهدم.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو حلف لا يلبس ثوباً وهو رداء فقطعه قميصاً، أو اتزر به، أو حلف لا يلبس سراويل، أو قميصاً فارتدى به[5] فهذا كله لبس[6] يحنث به، إلا أن يكون له نية فلا يحنث[7] إلا على نيته»[8]، فلم يجعل قطع الرداء قميصاً مانعاً من الحنث، كما جعل انهدام الدار مانعاً من الحنث.

وقال: «لو قال: والله لا آكل هذه الحنطة، فطحنها[9] فأكلها لم يحنث»[10] كما ذكر[11] في انهدام الدار.

والفرق بين مسألة الثوب وبين[12] مسألة الدار والحنطة: أنه تلفظ في عين الدار

(1) في / ج: (ما اشتراه).
(2) في المسألة ما قبل السابقة.
(3) انظر: الأم 7/ 73، ومختصر المزني / 294.
(4) البيت: يطلق على المبنى. وهو أخص من الدار؛ لأن الدار تشمل البناء والعرصة. ويطلق البيت على الدار إذا افترقا.
انظر: لسان العرب 2/ 14، 4/ 298، والقاموس المحيط 1/ 144، 2/ 31.
(5) (به) ساقط من / ج.
(6) (لبس) ساقط من / أ.
(7) (له نية فلا يحنث) ساقط من / أ.
(8) انظر: مختصر المزني / 294، والأم 7/ 73.
(9) في / أ: (وطحنها).
(10) انظر: مختصر المزني / 296، والأم 7/ 79.
(11) في / أ: (ذكرت).
(12) (بين) ساقط من / ج.

بدخول الدار فاشترطنا[1] حقيقة الفعل مع حقيقة الاسم، فإذا دخل عرصة بعد انهدام الأبنية ومزايلة اسم الدار وجد أحد الشرطين ولم يوجد الشرط الثاني، فلم نحكم عليه بالحنث.

فأما إذا قال: والله لا ألبس هذا الثوب وكان رداءً فقطعه قميصاً[2]، فلبسه فالشرطان موجودان: الفعل المخصوص والاسم، فأما الفعل فاللبس؛ لأن اسم اللبس / حقيقة في لبس القميص كما يكون حقيقة في لبس الرداء، واسم الثوب ينطلق[3] عليهما جميعاً، بخلاف اسم الدار فإنه لا ينطلق على العرصة العارية عن الأبنية. (293/ب)

ولو أنه ذكر لفظ قميص[4] في اليمين، ثم قطعه فصيّره رداءً لم يحنث[5]، كما لا يحنث بدخول العرصة بعد الانهدام، ولو لم يقطع القميص المذكور في اليمين، ولكن ارتدى به[6] وهو قميص، أو اتزر به حنث في يمينه[7]؛ لأن الفعل لبس والملبوس قميص، وليس في يمينه أن لا يلبسه، كما يلبس القميص.

ومسائل الايمان مستمرة على قياس هذا الأصل، فلو قال: والله لا أكلم هـذا الصبي، أو لا آكل هذه السخلة، فصار الصبي شيخاً فكلمه، وصارت[8] السخلة شاة كبيرة، فذبحها وأكلها[9] لم يحنث؛ لعدم أحد

(1) في /أ: (فاشترط).
(2) (قميصاً) ساقط من /ج.
(3) في /ج: (منطلق).
(4) في /أ: (القميص).
(5) لفوات اسم القميص.
انظر: روضة الطالبين 11/ 58، وحلية العلماء 7/ 278.
(6) (به) ساقط من /أ.
(7) على الصحيح.
انظر: روضة الطالبين 11/ 58، ومغني المحتاج 4/ 343.
(8) في /أ: (أو صارت).
(9) في /ج: (فأكلها).

الشرطين[1]، وعلى هذا: إذا أضاف وقال: والله لا أدخل دار فلان اعتبرت ثلاثة أوصاف: فعل الدخول، واسم الدار، وملك فلان[2]، إلا في مسألة مخصوصة وهي: إذا أضاف الدار إلى عبد، والعبد لا ملك له[3]، ولكنها مشهورة به فيصير الاشتهار في الاضافة منزلة الملك[4].

ألا ترى أنك إذا قلت: سكة معاذ نيسابور[5] عرفت[6] أنك لست تريد اضافة الملك، [وإنما تريد إضافة اللقب.

فأما في غير موضع الاشتهار فحقيقة اللفظ إضافة الملك][7].

وإذا كان مع إضافة الملك اشارة[8] إلى العين بأن يقول: دار فلان هذه، فباعها فلان، فدخلها فقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «حنث بدخولها»[9]، وكذلك لو قال[10]: لا أكلم عبد فلان هذا، أو زوجة فلان هذه، فإذا باعه فلان وطلقها فلان

(1) وهو الاسم.
وهذا أصح الوجهين.
الوجه الثاني: أنه يحنث؛ لبقاء الصورة، وإن تغيرت الصفة.
انظر: مغني المحتاج 4/ 338، وروضة الطالبين 11/ 60، وحلية العلماء 7/ 265.

(2) انظر: مغني المحتاج 4/ 332 ـ 333، وقليوبي وعميرة 4/ 278، وروضة الطالبين 11/ 53.

(3) في /أ: (لا تملك له).
وقوله لا ملك له: أخرج المكاتب.

(4) فلو حلف أن لا يدخل دار فلان وهو عبد ولكن الدار عرفت به حنث بالدخول.
انظر: روضة الطالبين 11/ 56، ومغني المحتاج 4/ 333.

(5) سكة معاذ: تنسب إلى معاذ بن مسلمة، ينسب إليها أبو الغيض مسلمة بن أحمد بن مسلمة الذهلي الأديب القاضي، كان جده. مسلمة بن مسلمة أخا معاذ بن مسلمة.
انظر: معجم البلدان 5/ 153، ومراصد الاطلاع 3/ 1287.

(6) في /ج: (وعرفت).

(7) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.

(8) في /أ: (مع الاضافة اشارة).

(9) انظر: الأم 7/ 72، ومختصر المزني / 294.

(10) في /أ: (إذا قال).

وكلمهما[1] كان حانثاً[2].

والفرق بين هذا الأصل وبين الإضافة من غير الإشارة: أن العبارة والإشارة متى اجتمعتا ووجب التغليب[3] كانت الاشارة مغلبة على العبارة[4]، ولذلك قلنا ـ على الصحيح من المذهب ـ: إذا قال: بعت منك هذا الكبش فإذا هي نعجة، أو هذه الرمكة[5] فإذا هو حصان، فالبيع صحيح تغليباً للإشارة[6]، ولو قال: زوجتك هذه بنتي زينب[7] فإذا هي بنته[8] فاطمة فالنكاح صحيح[9].

مسألة (755): إذا قال الرجل: والله، لا أفارقك ما لم استوف[10] حقي منك، ففر غريمه [لم يحنث[11].

ولو قال: لا أفترق أنا وأنت حتى أستوفي حقي منك، ففر الغريم][12] حنث[13]، والمسألتان منصوصتان.

---

(1) في /أ: (وكلمها).

(2) انظر: روضة الطالبين 11/ 55، ومغني المحتاج 4/ 333.

(3) في /أ: (التغلب).

(4) في /أ: (على الاشارة).

وانظر هذه القاعدة في: المنثور في القواعد 1/ 167، والأشباه والنظائر للسيوطي / 314.

(5) الرمكة: الأنثى من البراذين.

انظر: لسان العرب 10/ 434، والصحاح 4/ 1588.

(6) انظر: القواعد للحصني القسم الأخير 1/ 289 والمنثور في القواعد 1/ 169، والأشباه والنظائر لابن الوكيل القسم الأول 2/ 316.

(7) في /ج: (زوجتك بنتي زينب هذه).

(8) (بنته) ساقط من /أ.

(9) انظر: المنثور في القواعد 1/ 167، والأشباه والنظائر للسيوطي / 314.

(10) في /أ: (ما لم أستوفي) وهو خطأ.

(11) انظر: الأم 7/ 75، ومختصر المزني / 295.

(12) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.

(13) انظر المصدرين السابقين.

والفرق: أنه إذا قال: لا أفارقك، فقد عقد اليمين على فعل نفسه، فما لم يباشر بنفسه[1] هذا الفعل استحال أن يحنث، فإذا فر غريمه[2] فمباشرة الفعل مفقودة[3] من جهة الحالف/ . (294/أ)

فأما إذا قال: لا أفترق أنا وأنت، فاليمين معقودة[4] على حصول الافتراق بينهما، لا على مفارقة يباشرها الحالف، فكأنه قال: والله لا يتصور الافتراق[5] بيني وبينك حتى أستوفي الحق منك، فإذا فر[6] الغريم تصور الافتراق، وتحقق حصوله.

مسألة (756): إذا قال الرجل: والله لا أشرب ماء هذه الإداوة[7] لم يحنث إلا بأن يشرب جميع ما فيها[8].

ولو قال: والله لا أشرب ماء هذا النهر [حنث بشرب بعضه عند بعض أصحابنا[9].

والفرق بينهما: أن ماء النهر][10] لا يمكنه استيعابه شرباً، فاستحال تنزيل يمينه على ما لا يقصده مع إمكان تنزيلها[11] على المقصود المعهود، واللفظ يحتملهما[12]

---

(1) في /أ: (نفسه).
(2) في /أ: (إذا عنه).
(3) في /أ: (مقصودة).
(4) (معقودة) ساقط من /أ.
(5) في /أ: (افتراق).
(6) في /أ: (وإذا افر).
(7) الإداوة، بالكسر: إناء صغير من جلد يتخذ للماء.
انظر: لسان العرب 14/ 25، وفقه اللغة / 167.
(8) انظر: الأم 7/ 74، ومختصر المزني / 295.
(9) وهو قول ابن سريج.
انظر: روضة الطالبين 11/ 34، وحلية العلماء 7/ 295.
(10) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(11) في /ج: (على ما لا يقصده ووحد مع امكانه لعدم تنزيلها).
(12) في /أ: (يحتملها).

جميعاً، فأما الإداوة فيتصور استيعابه، فكانت يمينه منزلة على استيعابه، وهذا[1] معنى قول الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ولا سبيل له إلى شرب ماء النهر كله»[2].

[ومن قال: بالتسوية بين المسألتين منع الحنث فيها إلا بالاستيعاب[3]، وتأول كلام الشافعي ـ رحمه الله ـ على وفق مذهبه فقال: معنى قوله: ولا سبيل إلى شرب ماء النهر كله][4]: أنه لا يحنث في اليمين على ماء النهر[5] لما تعذر تصوير استيعابه، وإنما[6] يحنث في الإداوة إذا استوعب ماءها؛ لأن الاستيعاب متصور[7].

مسألة (757): إذا قال: ثلثي للفقراء[8] جاز تنزيل وصيته على ثلاثة منهم لما تعذر استيعابهم[9].

وإذا قال: لا أشرب ماء هذا النهر، أو ماء هذا البحر نزلناه على جميعه عند بعض أصحابنا، كما حكيناه[10]، فلم نحنثه ببعضه[11].

(1) في / ج: (هذا).
(2) مختصر المزني / 295، وانظر: الأم 7/ 74.
(3) وهذا قول أبي اسحاق المروزي.
قال النووي: «وهو الأصح، وبه قال أبو إسحاق، وعامة الأصحاب، وصححه الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب والروياني كمسألة الإداوة».
انظر: روضة الطالبين 11/ 34، وحلية العلماء 7/ 295، وشرح مختصر المزني خ. ج 10. ورقة: 105 ـ ب.
(4) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(5) في / ج: (على أن النهر).
(6) في / أ: (إنما) بدون الواو قبلها.
(7) قال أبو الطيب الطبري: «وقال أبو اسحاق المروزي: والمراد بذلك: فلا سبيل له إلى شرب ماء النهر فلا تنعقد يمينه ولا يحنث ما لم يشرب الكل، ويكون بمنزلة ما لو حلف ليصعدن إلى السماء فإن يمينه لا تنعقد» أ. هـ. شرح مختصر المزني.خ. ج 10. ورقة: 105 ـ ب.
(8) في / ج: (ثلثي) مالي للفقراء).
(9) انظر: مغني المحتاج 3/ 62، والتمهيد / 313، وروضة الطالبين 6/ 170.
(10) في / ج: (كما حكينا).
وحكاه في المسألة السابقة.
(11) في / ج: (ببعض).

والفرق بينهما: أن قوله: ثلثي للفقراء لفظ وجدنا له في الشرع معهوداً[1] معلوماً أمكننا[2] إلحاقه به وتنزيله على مثاله، وهو قوله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ﴾[3]، وذلك اللفظ المطلق محمول على أقل الجمع في الأجزاء والاكتفاء، [بخلاف قوله: لا أشرب ماء هذا البحر، فليس له في الشرع معهود نلحقه به فاعتبرنا][4] حقيقة لفظه[5] ومقتضاه، وهو جميع الماء، فأما حمله[6] على التبعيض فإنما يكون بإضمار وزيادة؛ فلهذا[7] لم نصر إليه ولم نحمله عليه.

واتفق أصحابنا على[8] أن الرجل إذا قال: والله لأشربن[9] ماء هذا[10] البحر حنث في الحال، ولا يبر بأن يشرب بعضه[11]، ولو جاز تنزيل اليمين في النفي

---

(1) في /أ: (معهود).

(2) في /أ: (أمكنا).

(3) وتمام الآية: ﴿. . . وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَٰرِمِينَ وَفِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿٦٠﴾﴾ التوبة.

(4) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(5) في /أ: (وأما حقيقة لفظه).

(6) في /أ: (فأما حكمه).

(7) في /أ: (فلذلك).

(8) (على) ساقط من /أ.

(9) في /ج: (لا أشرب).

(10) (هذا) ساقط من /ج.

(11) وذكر البغوي والشاشي القفال والنووي المسألة على وجهين:
الوجه الأول: ما ذكره المؤلف هنا.
الوجه الثاني: يبر بشرب بعضه وإن قل.
فعلى هذا لا تفريع، وعلى الوجه الأول، ففي وقت حنثه وجهان:
الوجه الأول: يحنث في الحال.
الوجه الثاني: أنه يحنث قبل موته.
انظر: حلية العلماء 7/ 295، وروضة الطالبين 11/ 34، وتهذيب الأحكام. خ. ج 4. ورقة: 99 ـ أ.

على البعض لجاز[1] تنزيلها[2] في الإثبات على البعض، وهذه المسألة تدل على ضعف أحد الوجهين[3] في مسألة الوجهين[4].

مسألة (758): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: إذا قال لامرأته أنت طالق إن خرجت إلا بإذني فإذا خرجت بإذنه فقد بر ولا يحنث[5] ثانياً[6].

ولو قال: إن دخلت الدار[7] وأنت لابسةٌ حريراً[8] [9]، فدخلتها غيرَ لابسةِ حريراً[10] لم يحنث بلا خلاف في ذلك[11]، ولا خلاف: أنها لو دخلت بعد ذلك لابسة/ حريراً[12] أنه يحنث في اليمين[13]. **(294/ب)**

فإن قال قائل: خروجها بالإذن كدخولها غير لابسة حريراً[14]، فإذا حنث بدخولها الثاني في اللبس فلم لا[15] يحنث بخروجها الثاني في مسألة الاذن؟.

قلنا: الفرق[16] بينهما: ما أشار إليه الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ: حيث قال:

---

(1) في /ج: (جاز).
(2) (تنزيلها) ساقط من /ج.
(3) وهو قول ابن سريج أنه يحنث بشرب البعض إذا قال: والله لا أشرب ماء هذا النهر.
(4) وهي المسألة السابقة.
(5) في /أ: (فقد بر لا يحنث).
(6) انظر: مختصر المزني / 295، والأم 7/ 78.
(7) (الدار) ساقط من /ج.
(8) في /ج: (حرير).
(9) التقدير: فأنت طالق. ويفهم من الكلام السابق.
(10) في /ج: (حرير).
(11) انظر: نهاية المطلب. خ. ج 15. ورقة: 82 ـ أ.
(12) في /ج: (حرير).
(13) انظر: نهاية المطلب. خ. ج 15 . ورقة: 82 ـ أ.
(14) (حريراً) ساقط من /ج. وفي /أ جاء بعدها بكلام مكرر ولفظه: (أنه يحنث في اليمين فإن قال قائل خروجها بالاذن كدخولها غير لابسة).
(15) (لا) ساقط من /أ.
(16) في /أ: (والفرق).

«إذا قال: أنت طالق إن خرجت إلا بإذني أو حتى آذن لك فهذا على مرة واحدة، فإذا خرجت بإذنه فقد بر ولا يحنث[1] ثانياً إلا أن يقول: كلما خرجت إلا بإذني، فهذا على كل مرة»[2]، ومراده[3] بهذا أن اليمين تنحل بالبر، كما تنحل بالحنث، فإذا اقترن الإذن بالخروج انحلت يمين[4] بارة ومثله[5] لبس الحرير إذا كان قصده المنع من لبس الحرير يكون كذلك في القياس؛ لأنها إذا دخلت غير لابسة انحلت له يمين[6] بارة، فإذا كان لفظ اليمين لا يقتضي تكراراً والقصد المنع من اللبس استوت المسألتان.

فأما إذا قصد أن يجعل الحنث متعلقاً بالوصفين الدخول واللبس فوجد أحد الوصفين ولم يوجد الوصف[7] الثاني لم يحنث[8]، وبقيت يمينه إلى أن يتصور اجتماع الوصفين جميعاً.

ومذهب أبي حنيفة ومحمد[9] وأبي ثور[10] رحمة الله عليهم أن رجلاً لو حلف لا

---

(1) في /ج: (فلا يحنث).
(2) انظر: مختصر المزني / 295.
(3) (ومراده) ساقط من /أ.
(4) في /أ: (اليمين).
(5) في /ج: (مسألة).
(6) في /ج: (انحلت يمينه).
(7) (الوصف) ساقط من /أ.
(8) في /ج: (فلم يحنث).
(9) هو أبو عبدالله محمد بن الحسن الشيباني مولى لبني شيبان، صاحب أبي حنيفة، ولد بواسط ونشأ بالكوفة فطلب الحديث وسمع من مسعر بن كدام، ومالك بن مسعود، وعمر بن ذر، والأوزاعي، والثوري، وجالس أبا حنيفة سنتين، ثم تفقه على أبي يوسف، خرج إلى الرقة فولاه الرشيد القضاء بها، ثم عزله، ولما خرج الرشيد إلى خراسان صحبه فمات بالري سنة تسع وثمانين ومائة في السنة التي توفي فيها الكسائي فقال الرشيد:
دفنت الفقه والعربية بالري.
وكان عمره ثمان وخمسون سنة.
وله من الكتب: كتاب الجامع الكبير، والجامع الصغير، والزيادات، والأمالي، والرد على أهل المدينة.
انظر: الفهرست / 287 ـ 288، وطبقات الفقهاء / 135، وشذرات الذهب 1/ 321.
(10) هو الإمام، أبو ثور، إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، سمع سفيان بن=

يعطي فلاناً إلا باذن فلان فمات صاحب الاذن سقطت اليمين[1]، فيلزمهم إسقاط اليمين في هذه المسألة إذا وجد الخروج الأول بالاذن[2].

مسألة (759): إذا قال: والله لا أشرب سويقاً، فلتّه[3] وأكله التقاماً لم يحنث حتى يوجد حقيقة[4] الشرب[5].

ولو قال: والله لا آكل سمناً فأكل عصيدة[6] عليها سمن[7] ذائب[8] حنث، كما لو التقم السمن الجامد التقاماً[9].

=عيينة، وإسماعيل بن علية، ووكيعاً، وعبيدة بن حميد، والشافعي، وروى عنه مسلم ابن الحجاج النيسابوري وعبيد بن محمد البزار وكان أبو ثور على مذهب أبي حنيفة فلما قدم الشافعي بغداد تبعه، وقرأ كتبه ونشر علمه، أحدث لنفسه مذهباً اشتقه من مذهب الشافعي. قال الأسنوي: قال الرافعي ـ في كتاب الغصب ـ:

«أبو ثور وإن كان معدوداً وداخلاً في طبقة أصحاب الشافعي، فله مذهب مستقل، ولا يعد تفرده وجها هكذا كلامه».

مات في صفر سنة أربعين ومائتين في بغداد ودفن في مقبرة باب الكناس.

انظر: تاريخ بغداد 6/ 65، والفهرست / 297، وطبقات الشافعية للأسنوي 1/ 25، وطبقات الشافعية لابن هداية الله / 22.

(1) انظر: المبسوط 9/ 6، ومختصر الطحاوي / 318.
وانظر: قول أبي ثور بمعناه في: المغني 8/ 792، وفقه أبي ثور / 442.

(2) لأن أبا حنيفة ومحمد يقولان: إذا حلف على امرأته بالطلاق أن لا تخرج حتى يأذن لها فأذن لها مرة سقطت اليمين.
انظر: المبسوط 8/ 173، وبدائع الصنائع 3/ 43.

(3) اللت: الخوض بالماء ونحوه حتى يشتد.
انظر: لسان العرب 2/ 82، 420 ـ 421، والصحاح 1/ 264.

(4) في / جـ: (لفظاً).

(5) انظر: الأم 7/ 79، ومختصر المزني / 296، وروضة الطالبين 11/ 42.

(6) في / جـ: (عصيداً).
والعصيدة: دقيق يلت بالسمن ويطبخ. سميت بذلك: لأنها تعصد: أي تقلب وتلوى.
انظر: لسان العرب 3/ 291، والمصباح المنير / 413، وفقه اللغة / 172.

(7) في / أ: (سمناً) وهو خطأ.

(8) في / جـ: (والسمن عليه ذائب).

(9) انظر: روضة الطالبين 11/ 42، ومغني المحتاج 4/ 340.

والفرق بينهما: أن شرب السويق في عرف المجاوزة[1] لا ينطلق على أن يلتقمه لقماً، وإنما يستعمل حقيقة الشرب في التحس، بخلاف لفظ الأكل في السمن فإنه ينطلق في العرف والعادة على أن يأكل العصيدة[2] والسمن فوقها، فيقال: أكل عصيدة بسمن[3]، ويقال: أكل سمناً في عصيدة[4]، كما يقال: أكله ـ إذا كان جامداً فالتقمه، بل إطلاق[5] لفظ الأكل على أكله في العصيدة[6] أظهر وأشهر من إطلاقه على أكله وحده[7]؛ فلهذا حنثناه[8].

مسألة (760): إذا قال: والله لا أهب لفلان هبة حنث بأن يتصدق عليه، كما يحنث بأن ينحله، أو يعمره أو يرقبه، بخلاف العارية[9].

ولو قال: والله لا أتصدق على فلان، فوهب له هبة لم نحكم عليه بالحنث[10].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا قال: / والله لا أهب ثم تصدق عليه تحقق في **(295/أ)** الصدقة معنى الهبة.

ألا ترى أن الفقير الذي تصدق عليه المتصدق بصدقة يحسن منه أن يقول: وهب

---

(1) المجاوزة: من التجوز في الشيء وهو المجاز فيه، يقال: تجوز في كلامه، أي تكلم بالمجاز.
انظر: لسان العرب 5/ 329، والصحاح 3/ 871.
(2) في /أ: (العسيد).
(3) في /ج: (عصيد السمن).
(4) في /ج: (في عصيد).
(5) في /أ: (بل أطلق).
(6) في /ج: (في العصيد).
(7) في /أ: (واحده).
(8) في /أ: (احتثناه).
(9) انظر: الأم 7/ 80، وروضة الطالبين 11/ 50، ومغني المحتاج 4/ 351.
(10) على أصح الوجهين.
الوجه الثاني: أنه يحنث كعكسه.
انظر: روضة الطالبين 11/ 51، ومغني المحتاج 4/ 351.

لي فلان ديناراً، كما يحسن منه[1] أن يقول: تصدق فلان عليَّ [بدينار، بخلاف ما إذا قال: لا أتصدق، ثم وهب له هبة، فلا يحسن منه أن يقول: تصدق عليَّ][2] فلان بكذا وكذا، فكل هبة لا تكون صدقة، وكل صدقة تكون هبة[3]. وأما العارية فلا تتضمن تمليكاً[4]، بخلاف قوله: لا أهب[5] فإنه يقتضي التمليك المطلق[6]؛ ولهذا قال الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ: «إذا قال[7]: والله لا أهب لفلان شيئاً، فحبس عليه داراً لم يحنث بالحبس»[8]، ومعقول أن الحبس عند الشافعي ـ رحمه الله في أحد القولين ـ أنه ينقل[9] الملك عن الواقف إلى الموقوف عليه، إلا أنه ليس بتمليك مطلق[10]؛ فلهذا لا نحكم عليه بالحنث، كما نحكم عليه بتصدقه[11] على غير جهة الحبس.



(1) (منه) ساقط من / أ.
(2) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(3) انظر هذا الفرق في: مغني المحتاج 4/ 351، وروضة الطالبين 11/ 51.
(4) في / أ: (تمليك)، وفي / ج: (ملكاً). والصواب ما أثبت.
(5) في / ج: (أهب) بسقوط اللام قبلها.
(6) في / ج: (للمطلق).
(7) في / ج: (إذ قال).
(8) انظر: الأم 7/ 80، ومختصر المزني / 296 ـ 297.
(9) في / أ: (في أحد القولين ينتقل).
(10) وهو المذهب.
القول الثاني: أن الملك ينتقل إلى الله تعالى ولا ينتقل إلى الموقوف عليه.
انظر: مختصر المزني / 307، وشرح مختصر المزني. خ. ج 6 ورقة: 101 ـ أ، وكفاية النبيه. خ. ج 8 ورقة: 79 ـ أ، وروضة الطالبين 5/ 315.
(11) في / ج: (كما نحكم صدقته).

كتاب النذور

مسألة (761): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: لو قال: «لله عليَّ أن أحج عامي هذا، فحال بينه وبينه عدو، أو سلطان، فلا قضاء عليه، ولو حدث به مرض، أو خطأ[1] عدد[2]، أو نسيان، أو توانٍ قضاه»[3].

والفرق بين الحيلولتين[4]: أن الحيلولة إذا كانت من جهة سلطان، أو عدو قاهر، فليس من جهة ذلك الشخص تفريط، ولا تقصير في وضع النذر موضعه، فإذا فات العام المعين ولم يتفق حجه فيه[5] لم يتعلق نذره[6] بالعام الثاني والثالث، بخلاف ما إذا[7] تصور من جهته خطأ عدد أو نسيان أو توانٍ[8]، فقد انتسب في تخلية[9] ذلك العام عن الحج[10] إلى التقصير؛ فلهذا وجب عليه القضاء.

فإن قال قائل: هب أنه يكون[11] مقصراً إذا توانى أو أخطأ، فما وجه[12] تقصيره إذا مرض، وقد جمع الشافعي ـ رحمه الله ـ بين المرض وبين التواني؟.

قلنا: إن المرض ليس هو من موانع الإحرام؛ ولهذا فصل الشافعي ـ رحمه الله ـ

---

(1) في /أ: (أو أخطأ).
(2) (عدد) ساقط من /ج.
(3) مختصر المزني /297.
وانظر: الأم 7/ 70.
(4) في /أ: (والفرق بينهما).
(5) (حجه فيه) ساقط من /ج.
(6) في /أ: (بنذره).
(7) (إذا) ساقط من /ج.
(8) في /ج: (توانى).
(9) في /ج: (فقدا من تخلفه).
(10) في /ج: (عن الحاج).
(11) في /أ: (أنه تصور).
(12) في /أ: (وأخطأه ما وجه).

بين المحصر بالمرض وبين المحصر بالعدو، فأباح التحلل[1] للمحصر [بالعدو ولم يبح التحلل للمحصر][2] بالمرض، فأما قطع المسافة مع الصد والسد، فمتعذر[3] في المشاهدة.

فإن قال قائل: أليس إذا استطاع في عام، فنهض بحجة الإسلام، فتعذرت في ذلك العام كان عليه أن يحج في عام قابل، وإن كان التعذر بالعدو والسلطان[4]، فهلا قلتم في هذه المسألة إذا تعذر بالعدو، أو بالسلطان[5] الحج في عام النذر / (295/ب) لزمه الوفاء بالنذر في عام قابل؟.

[قلنا: قد ذهب المزني ـ رحمه الله ـ إلى التسوية، فأوجب القضاء في عام قابل[6]][7]، إلا أن مذهب الشافعي ـ رحمه الله ـ أن القضاء لا يلزم[8].

والفرق في ذلك بين حجة الإسلام وبين[9] الحجة المنذورة: أن فرض حجة الإسلام لا يختص تعلقها بعام دون عام، بل جميع العمر هو وقت أدائها[10]، بخلاف النذر فإنه إنما يلزم[11] على مقتضى العبارة، وعبارته[12] تخصيص

(1) في /أ: (التحليل).
(2) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ، جـ. ولا يستقيم الحكم إلا باثباته.
وانظر: الأم 2/ 163، 218 ـ 219، وأحكام القرآن 1/ 130، والمجموع 8/ 354 ـ 355، وراجع الفرق بين المحصر بالعدو والمحصر بالمرض في: مختصر المزني / 73.
(3) في /جـ: (السل متعذرة).
(4) انظر: الأم 2/ 218، ومختصر المزني / 72، والمجموع 8/ 355.
(5) في /أ: (أو السلطان).
(6) انظر: مختصر المزني / 298، والمجموع 8/ 494، وروضة الطالبين 3/ 321.
(7) ما بين الحاصرتين ساقط من /جـ.
(8) قال النووي: وهو المذهب.
انظر: المجموع 8/ 494 ـ 495، وروضة الطالبين 3/ 321.
(9) في /أ: (بين) بسقوط الواو قبلها.
(10) في /أ: (أدائه).
(11) في /جـ: (فإنما يلزم).
(12) في /أ: (وعبارة).

عام[1] بأن يكون شاملاً لذلك الحج، فلا يلزمه في ذلك العام أكثر من بذل الجهد[2] وتحقيق القصد على حسب الوسع، فإذا تعذر مع بذل[3] الجهد، فقد حصل منه الوفاء بالنذر.

والمسألة من غوامض المذهب فتأمل وتفهّم.

مسألة (762): إذا وجب على الرجل بالنذر صوم الأثانين، ثم لزمه بالظهار صوم شهرين متتابعين صامها وقضى كل اثنين فيهما[4].

وإذا صام رمضان لم يلزمه قضاء[5] ما فيه من الأثانين[6].

والمسألتان منصوصتان.

والفرق بينهما: أن استحقاق صوم رمضان متقدم[7] بالشرع على استحقاق النذر، فصار نذره عند إطلاقه مخصوصاً بشهر رمضان حتى لم يجب عليه صوم أثانينه بنذره[8]، وإنما وجب صومها بأصل الشرع[9]؛ فلهذا لم يلزم[10] القضاء، بخلاف صوم[11] الظهار فإن النذر قد سبق، فتعلق بكل[12] اثنين، فإذا لزمه بعد

---

(1) في / ج: (بعام).
(2) في / أ: (من الحل والجهد).
(3) (بذل) ساقط من / ج.
(4) في / أ: (فيها).
وانظر: الأم 7/ 71، ومختصر المزني / 298.
(5) (قضاء) ساقط من / أ.
(6) انظر المصدرين السابقين.
(7) في / أ: (مقدم).
(8) انظر: المجموع 8/ 482، وروضة الطالبين 3/ 316.
(9) في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ ١٨٣﴾ البقرة.
(10) في / ج: (لم يلتزم).
(11) في / ج: (بصوم).
(12) في / ج: (كل).

ذلك صوم شهرين فصامهما[1] متتابعين انصرف صوم الأثانين[2] بصرفه إلى كفارة الظهار؛ لأنها لم تتعين بالنذر تعييناً ينافي صرفها بالنية إلى مصرف[3] آخر، فإذا انصرفت بنيته إلى جهة الكفارة، فحصلت له متابعة الشهرين[4]، كان[5] عليه قضاء كل اثنين فيهما[6] وفاء بالنذر.

وإن كان[7] قد تقدم وجوب شهري الظهار[8]، ثم وجد النذر من بعد، فالصحيح ما ذهب إليه كثير من أصحابنا: أنه كشهر رمضان وليس عليه قضاء ما في الشهرين[9] من الأثانين[10].



(1) في /ج: (فصامها).
(2) في /أ: (انصرفت الأثانين).
(3) في /ج: (منصرفة).
(4) (الشهرين) ساقط من /أ.
(5) في /ج: (وكان).
(6) في /أ: (فيها).
(7) في /أ: (فإن كلا).
(8) في /ج: (شهرين الظهار) وهو خطأ؛ لأن النون تحذف للاضافة.
(9) في /ج: (ما في الشهر).
(10) وممن ذهب إلى ذلك ابن كج والقاضي أبو الطيب الطبري والمحاملي. انظر: المجموع 8/ 483، وروضة الطالبين 3/ 317.

كتاب أدب القاضي[1]

مسألة (763): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا تحاكم إليه أعجمي لا يعرف لسانه لم يقبل في الترجمة[2] عنه إلا عدلين[3] يعرفان لسانه»[4].

وإذا كان[5] بالحاكم صمم ـ بحيث أنه لا ينعزل[6] به[7] ـ فاحتاج إلى المسمع[8] اكتفى بالمسمع[9] الواحد[10].

والفرق بينهما: أن المستمع إذا سمع كلام الخصم وأراد أن يسمعه القاضي لم يكن منفرداً على الحقيقة؛ لأن الخصم[11] حاضر[12] في المجلس، فإن

(1) في / أ: (كتاب آداب القضا) وما أثبته من / ج أصوب؛ لأنه موافق لما في مختصر المزني. والمؤلف ـ رحمه الله ـ ذكر في مقدمة الكتاب أنه سيسير في تأليف الكتاب على ترتيب مختصر المزني كتاباً بعد كتاب.

(2) في / ج: (بالترجمة).

(3) في / أ: (إلا عدلان). والصواب ما أثبت من / ج لأنه تفرغ سابق «إلا» لما بعدها فكان الاسم الواقع بعد «إلا» معرباً باعراب ما يقتضيه ما قبل «إلا» قبل دخولها. وهذا هو الاستثناء المفرغ.

(4) انظر: الأم 6/ 204، ومختصر المزني / 299.

(5) في / أ: (وإن كان).

(6) في / ج: (بحيث أنه ينعزل).

(7) (به) ساقط من / ج.
والصمم الذي لا ينعزل به الصمم الخفيف الذي يسمع معه إذا صيح به.
انظر: أدب القضاء 1/ 276، وروضة الطالبين 11/ 97.

(8) في / أ: (إلى المستمع).

(9) في / أ: (بالمستمع).

(10) والأصح اشتراط اثنين كالمترجم.
انظر: روضة الطالبين 11/ 316، وأدب القاضي لابن القاص 1/ 122، والقواعد للحصني القسم الأول 2/ 831.

(11) في / ج: (إن الخصم).

(12) في / أ: (حاضراً) وهو خطأ.

خان[1] المسمع، أو زاد، أو نقص لم يخف[2] على الخصم ما فعل، فلم يعجز عن تعريف/[3] خيانة المسمع للقاضي[4]. (296/أ)

فأما المترجم فإنما يخبر القاضي عما لا يعلمه[5]، ولا يعلمه الخصم، فإن خان وغيَّر وبدل، فالخصم لا يثبته على ما فعل من التغيير والتبديل، حتى قال بعض مشايخنا: إن كان بالخصم صمم، كما بالقاضي، [فلا بد من مسمعين[6].

فإن احتاج خصم إلى مترجم ليعرف كلام خصمه][7] اكتفى هاهنا بمترجم واحد؛ لأن المقصود يحصل بالواحد وليس طريقه طريق الشهادة[8] والله أعلم.

مسألة (764): البينة إذا شهدت على الخصم الحاضر كانت حجة تامة وتوجه[9] الحكم بها عليه[10]. وإذا شهدت على الغائب لم يتوجه الحكم عليه إلا مع يمين من جهة من أقام البينة[11].

والفرق بينهما: أن الخصم إذا كان غائباً، فشهدت عليه البينة، فمعقول أنه لو كان حاضراً لاحتمل أن يدعي مخلصاً، مثل أن يقول: إني قد قضيت هذا المال، أو

(1) في /ج: (فإذا خان).
(2) في /أ: (لم يخفى).
(3) في /أ: (ولا يعجز الخصم عن تقدير).
(4) في /أ: (القاضي).
(5) في /ج: (عما يعلمه).
(6) انظر: القواعد للحصني القسم الأول 2/ 831، وروضة الطالبين 11/ 136، ومغني المحتاج 4/ 389.
(7) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(8) بل هو اخبار محض.
انظر: مغني المحتاج 4/ 389، ونهاية المحتاج 8/ 252.
(9) في /ج: (كانت حجة توجه).
(10) انظر: المنثور في القواعد 3/ 384، وأدب القضاء 1/ 592، والاستغناء في الفرق والاستثناء. خ. ج 2. ورقة: 271 ـ ب.
(11) انظر: روضة الطالبين 11/ 176، والأشباه والنظائر للسيوطي / 508، والاستغناء في الفرق والاستثناء خ. ج 2. ورقة: 271 ـ ب.

لقد[1] أبرأني منه[2] هذا الخصم[3]، ولو كان حاضراً وادعى[4] هذه الدعوى لاستحلفنا خصمه وهو المدعي، فكذلك إذا كان غائباً يستحلف خصمه.

فأما الخصم الحاضر، فقد[5] شهدت عليه البينة، فلو كان له في القضاء أو في الإبراء[6] دعوى لأوردها[7]، ولما سكت عنها[8]، فإذا سكت عنها أغنانا سكوته عن استحلاف خصمه؛ فلهذا لم نستحلفه.

مسألة (765): يجوز[9] القضاء على الشخص الغائب[10]، ولا يجوز القضاء بالعين الغائبة على وجه القطع والفصل[11] [12].

الفرق بينهما: أن الشخص الغائب[13] يصير معلوماً باسمه ونسبه،

---

(1) في /أ: (ولقد) بسقوط الألف قبل الواو.
(2) (منه) ساقط من /ج.
(3) في /أ: (الحكم).
(4) في /ج: (أو ادعى).
(5) في /ج: (قد).
(6) في /ج: (أو في الأمر).
(7) في /أ: (لأبرزها).
(8) (عنها) ساقط من /ج.
(9) في /أ: (ويجوز).
(10) انظر: أدب القضاء 1/ 565، وأدب القاضي لابن القاص 2/ 360، وروضة الطالبين 11/ 175.
(11) (والفصل) ساقط من /أ.
(12) في القضاء بالعين الغائبة التي لا يؤمن اشتباهها ثلاثة أقوال:
القول الأول: ـ وهو الأظهر ـ: يسمع القاضي البينة ولا يقضي بها. وهو ما ذكره المؤلف.
القول الثاني: لا يسمع ولا يحكم.
القول الثالث: يسمع ويحكم.
انظر: روضة الطالبين 11/ 188 ـ 189، ومغني المحتاج 4/ 412، ونهاية المحتاج 8/ 275 ـ 276.
(13) (الغائب) ساقط من /ج.

والفصل[1] إذا رفعه الشهود علا[2]، إذ الشهادة[3] تصح[4] على[5] الأنساب بالسماع[6]، فإذا ورد كتاب القاضي على القاضي أمكنه أن يتأمل النسب المذكور في الكتاب والاسم الذي فيه[7]، فإذا تحقق المكتوب إليه بالأسماء والأوصاف[8] أن المكتوب اسمه ونسبه في الكتاب هو هذا فيقضي عليه، أو يلزمه الخروج عن القضاء المبرم[9]، فإن التبس على المكتوب إليه بتشابه رجلين[10] اسمهما واحد ونسبهما واحد توقف حتى[11] يزول[12] الاشتباه، بخلاف ما إذا ادعى رجل على

(1) (والفصل) ساقط من / أ.
والفصل: خلاف الأصل، وللنسب أصول وفصول. فالفصول هي: الفروع.
انظر: المصباح المنير / 474.
(2) (علا) ساقط من / أ.
(3) في / ج: (إذا الشهادة).
(4) (تصح) ساقط من / أ.
(5) (على) ساقط من / ج.
(6) فإذا سمع الناس يقولون: إن فلاناً بن فلان ووقع معرفة ذلك في قلبه جاز أن يشهد بأنه ابنه.
انظر: أدب القضاء 2/ 20، وروضة الطالبين 11/ 267 ـ 268، ومغني المحتاج 4/ 448.
(7) (الذي فيه) ساقط من / ج.
(8) في / أ: (ليتحقق له بالأسماء والأوصاف).
(9) إذا سمع القاضي الدعوى والبينة على الغائب، فإنه يكاتب قاضي البلد الذي فيه المطلوب.
وله في مكاتبته حالتان:
الحالة الأولى: أن يكاتبه بسماع البينة ليتولى المكتوب إليه الحكم بها على المطلوب.
الحالة الثانية: أن يحكم بالبينة بعد سماعها ويكاتب القاضي بحكمه لينتهي الحكم.
انظر: أدب القاضي للماوردي 2/ 326، وروضة الطالبين 11/ 178، 185، ومغني المحتاج 4/ 409.
(10) في / أ: (فتشابه رجلان).
(11) (حتى) ساقط من / أ.
(12) في / ج: (زال).

رجل عيناً غائبةً[1]، فمعلوم أن الأعيان من جنس واحد ربما تتفاوت[2] وتتباين بحيث يعلم تباينها[3]، فلا بد من معاينة الشهود إياها[4] واشارتهم إليها[5]، وإذا لم تحصل[6] الإشارة ولم يمكن لم يجز تنفيذ القضاء من جهته.

وجملته[7] ما قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «أن يصف العبد في كتابه ويستقصي حليته[8] ونسبه»[9].

فإذا ورد الكتاب على القاضي أحضر العبد فإن وجده بتلك الصفة ختم على رقبته بختمه[10] وسلمه إلى المكتوب له، وكفّله لصاحب اليد، حتى إن تلف/ في (296/ب) الطريق قدر صاحب اليد على مطالبة الكفيل، فإذا ورد العبد على القاضي الأول الكاتب[11] استحضر الشهود ليشيروا[12] إلى العبد، فإن أشاروا ختم على[13] رقبته ختماً ثانياً وكتب: بأني حكمت به لفلان[14] وسلمه إلى المكتوب

---

(1) (غائبة) ساقط من /أ.
(2) في /أ: (تفاوت).
(3) في /أ: (تباينهما).
(4) في /أ: (أياهما).
(5) في /أ: (إليهما).
(6) في /أ: (لم يجعل).
(7) في /أ: (من جهة وحبلته).
والضمير في قوله: وجملته راجع إلى العلم.
(8) الحلية: الخلقة، والصفة والصورة.
انظر: لسان العرب 14/ 196، والصحاح 6/ 2318.
(9) انظر: الأم 6/ 215 ـ 216.
(10) والمقصود من الختم: أن لا يبدل بما يقع به اللبس على الشهود.
انظر: مغني المحتاج 4/ 412، وروضة الطالبين 11/ 190.
(11) في /ج: (المكاتب).
(12) في /ج: (يشيروا).
(13) (على) ساقط من /أ.
(14) (لفلان) ساقط من /أ.

له حتى يرجع به إلى القاضي الثاني، فيقرأ الكتاب ويطلق الكفيل ويسلم العبد إلى المدعي[1].

مسألة (766): إذا جاء رجل إلى القاضي وادعى حقاً على رجل غائب ومعه شهود فقال: لي على فلان[2] ألف درهم، وإنه لمقيم ببلدة[3] كذا وأنا قاصدها، وأخشى أن يجحدني إذا حضرت تلك البلدة، ولم يدع جحوده قطعاً، لم يجز للقاضي أن يقضي له ما لم يقطع بجحوده[4].

ومثله لو اشترى عبداً من رجل وغاب البائع واستحق العبد من يد المشتري[5]، فأقام البينة عند القاضي والخصم غائب ولم يدع جحوده الاستحقاق، قضى له القاضي على الغائب[6].

والفرق بين المسألتين: أن العبد إذا استحق من يده وادعى الاستحقاق عند القاضي فقد ادعى جحود[7] البائع؛ لأن البائع إذا قال: بعت منك هذا العبد، فقد أقر بأنه ملكه، وأنه غير مستحق[8] في يده، ودعوى الجحود تارة تكون تصريحاً، وتارة تكون تعريضاً، وهذا من التعريض[9]، وعلى هذا قلنا: إنه إذا اشترى من

---

(1) نقل النووي ـ رحمه الله ـ هذا الإيضاح عن المؤلف ـ رحمه الله ـ في روضة الطالبين، وقال: «ثم المفهوم من كلام الجمهور أن الشهود إذا شهدوا على عينه عند الكاتب سلمه إلى المدعي، وقد تم الحكم له، ثم يكتب إبراء الكفيل» أ. هـ.
روضة الطالبين 11/ 190، وانظر: مغني المحتاج 4/ 412.

(2) في /أ: (على رجل).

(3) في /أ: (ببلد).

(4) انظر: أدب القاضي للماوردي 2/ 115، وروضة الطالبين 11/ 75، ونهاية المطلب.خ. ج 15. ورقة: 124 ـ ب، وتهذيب الأحكام خ. ج 4 ورقة: 222 ـ ب.

(5) وأخذ.

(6) انظر: نهاية المطلب.خ. ج: 15 ورقة: 125 ـ أ، وأدب القاضي للماوردي 2/ 116.

(7) في /ج: (جحوده).

(8) في /أ: (وأنه عند مستحقه).

(9) في /أ: (وهذا تعريض).

رجل جارية، فادعت أنها حرة وأقامت[1] البينة على دعواها ولم يكن له بينة على إقرارها بالرق قضى القاضي له على خصمه الغائب[2]، لأن في ضمن بيعه إياها أنها رقيقة وليست بحرة[3]؛ فلهذا استغنى عن التصريح بدعوى الجحود مع ما سبق من صورة الحال بخلاف ما إذا ادعى على غائب دعوى ومعه بينة وقال: إنه في بلدة كذا ولم يقطع بجحوده، لا يسمع[4] الحاكم بينته[5] ما لم يقطع بجحود[6] من ادعى عليه.

مسألة (767): الدار إذا كانت مشتركة بين جماعة، فدعا شريك منهم شركاءه إلى القسمة وهو لا ينتفع بنصيبه إذا تميز له، فإنا لا نجيبه إلى القسمة[7] [8].

وإن كان الداعي ينتفع بنصيبه والباقون لا ينتفعون بنصيبهم أجبرناهم على القسمة في أصح المذهبين[9] [10].

والفرق بين المسألتين: أن الداعي إذا كان لا ينتفع عند الإفراز فرغبته[11] في

---

(1) في /أ: (فادعت الحمل فأقامت).
(2) انظر: أدب القاضي للماوري 2/ 116.
(3) في /أ: (حره).
(4) في /أ: (لم يسمع).
(5) في /أ: (بينه).
(6) في /أ، جـ: (بجحوده) ولعل الصواب ما أثبت.
(7) في /أ: (لا نجرهم على القسمة).
(8) هذا هو المذهب.
وفيه وجه: أنه يجاب ويجبر الباقون.
انظر: أدب القضاء 2/ 225، وروضة الطالبين 11/ 203 ـ 204، ومغني المحتاج 4/ 421.
(9) في /أ: (أجبرناهم على القسمة وإن كان الداعي ينتفع بنصيبه في أصح المذهبين).
(10) والمذهب الثاني: أنهم لا يجبرون.
انظر: المراجع السابقة.
(11) في /جـ: (في عينه).

القسمة عين التعنت[1]؛ لأنه عند الاشتراك هو قادر[2] على الانتفاع [وعند القسمة والتمييز غير قادر على الانتفاع][3]، فالقسمة ضرر يناله؛ فلهذا لا يجاب[4].

(297/أ) وأما[5] إذا كان نصيبه كثيراً ينتفع به إذا قسم غير أن شركاءه[6] لقلة/ أنصبائهم لا ينتفعون عند إفراز نصيب كل واحد منهم، فدعا إلى القسمة صاحب النصيب الكثير فلا بد من إجابته إليها؛ لأن غرضه صحيح فيما يطلب من استخلاص منافع ملكه[7] عن ملك غيره، وليس عليه تكثير ما قل من نصيب الآخرين، ولا عليه إرفاقهم بنصيبه حتى نجبره على استدامته الشيوع والشركة ليدوم لهم الارتفاق بملكهم.

مسألة (768): القسمة في أصح[8] القولين: أنها بيع[9]؛ ولذلك جرت في المال الربوي[10] مجرى البيع، حتى قال الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ: «لا يجوز[11] قسمة العنب[12] موازنة»[13]، وليست القسمة ببيع في حكم الشفعة؛ ولهذا قلنا: إذا تقاسم بعض الشركاء لم يثبت للباقين شفعة[14].

---

(1) في /أ: (العيب).
(2) في /أ: (وهو قادر).
(3) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(4) في /أ: (الايجاب).
(5) في /ج: (فأما).
(6) في /ج: (شركاؤه).
(7) في /أ: (ارفاقهم).
(8) في /ج: (على أصح).
(9) والأصح عند العراقيين: أنها إفراز النصيبين.
انظر: أدب القضاء 2/ 227، وروضة الطالبين 11/ 214، ومغني المحتاج 4/ 424.
(10) في /أ: (في مسائل الربا).
(11) في /ج: (لا يجزي).
(12) في /أ: (البيع).
(13) انظر: الأم 6/ 198، ومختصر المزني / 301، وروضة الطالبين 11/ 215.
(14) انظر: نهاية المطلب.خ. ج 12. ورقة: 66 ـ ب، وروضة الطالبين 5/ 94.

الفرق بين الحكمين: أن الشفعة معلقة من بين طرف[1] الإزالة والزوال، بإزالة مخصوصة وزوال مخصوص[2] وهي المعاوضة الصحيحة، حتى يمكننا[3] أن نقول: الشفيع بمنزلة المشتري في إثبات حق الشفعة والعهدة[4]، فأما[5] مجرد القسمة فإنها لا تتضمن معاوضة مستحدثة حتى تتعلق [الشفعة بها.

وأما الربا[6]، فليس من ضرورة البيع حتى][7] يتوقف وجوده عليه، ألا ترى أن القرض ليس ببيع على الاطلاق، ولو كان بيعاً لاشترطنا فيه لفظه، ولما جوزنا استقراض الدراهم مع عدم القبض في المجلس[8]، والربا مع هذا يجري في القرض جريانه في البيع[9].

مسألة (769): الشريكان في السيف إذا أرادا قطعه نصفين للقسمة كانا ممنوعين عن قصدهما بالشرع[10].

---

(1) في /أ: (طريق).
(2) (وزوال مخصوص) ساقط من /أ.
(3) في /أ: (حتى يمكنه).
(4) قال إمام الحرمين: «فنقول في قاعدة الفصل: إن الشفيع يرجع في عهدة ما أخذه على المشتري؛ لأنه يتلقى الملك منه، وينبني ملكه على ملكه، فهو في حق المشتري بمثابة المشتري في حق البائع» ا. هـ.
نهاية المطلب.خ. ج 12. ورقة: 82 ـ ب. وانظر: مختصر المزني /120.
(5) في /ج: (وأما).
(6) في /ج: (الربوا) والصواب ما أثبت.
(7) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(8) انظر: مغني المحتاج 2/2، وتحفة المحتاج مع حواشيها 4/215.
(9) انظر: روضة الطالبين 4/34، ومغني المحتاج 2/119.
(10) لحديث المغيرة بن شعبة أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «نهى عن قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال» متفق عليه.
ولقول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «لا ضرر ولا ضرار».
رواه مالك وأحمد وابن ماجة.
وهذا على أصح الوجهين.
الوجه الثاني: أنه يجيبهما إلى القسمة لإمكان الانتفاع باتخاذ المقسوم سكيناً ونحوه.=

وكذلك أيضاً الشريكان في البئر الضيقة[1] ولو كانا شريكين[2] في بئر واسعة الرأس[3] كانا غير[4] ممنوعين عن القسمة إذا قصداها، أو قصدها أحدهما[5].

الفرق بينهما: أن السيف الواحد إذا قطعته انتقصت[6] قيمته وعجز كل واحد منهما عن الانتفاع به سيفاً، كما كان ينتفع به كل واحد منهما قبل ذلك[7] سيفاً، ولا بد في[8] الإجابة[9] إلى القسمة من مراعاة المنفعة السابقة، فإن أمكن استدامة جنسها واستصحاب أصلها وجبت[10] الإجابة إلى القسمة، وإن لم يمكن[11] استدامتها، فلا إجابة. والبئر الضيقة كالسيف فيما قلناه من المعنى بخلاف البئر الواسعة فإنها ليست كذلك؛ لأنهما لو جعلاها بئرين بحاجز بين المستقا والمستقا[12]

= انظر: مغني المحتاج 4/ 420، وروضة الطالبين 11/ 203، وصحيح البخاري كتاب «الزكاة» باب «قول الله تعالى: ﴿لَا يَسْـَٔلُونَ ٱلنَّاسَ إِلْحَافًا﴾» حديث (78)، وصحيح مسلم كتاب «الأقضية» باب «النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة. . .» حديث (593). وموطأ الإمام مالك كتاب «الأقضية» باب «القضاء في المرفق» حديث (31)، ومسند الإمام أحمد 5/ 327، وسنن ابن ماجة كتاب «الأحكام» باب «من بنى في حقه ما يضر بجاره» حديث (2340).

(1) على أصح الوجهين.
انظر: أدب القضاء 2/ 224، وروضة الطالبين 11/ 203، ومغني المحتاج 4/ 420.

(2) في / ج: (شريكان).

(3) في / أ: (البياض).

(4) (غير) ساقط من / أ.

(5) انظر المرجعين السابقين.

(6) في / ج: (اسقطت).

(7) في / ج: (كما كان ينتفع كل واحد به قبل ذلك).

(8) في / أ: (من).

(9) في / أ: (الاباحة).

(10) في / أ: (وجب).

(11) في / أ: (وإن يمكن).

(12) في / أ: (بين السقا والمسقا).

أمكن ولم تتعذر استدامة المنفعة السابقة، فأجبرنا[1] أحدهما على القسمة[2] إذا دعاه الثاني إليها.

والذي يدل على صحة الفرق بينهما: أن السيف لو كان ملكاً خالصاً لواحد منهما فأراد كسره كان ممنوعاً عن كسره[3]، فإن كسره من فعل السفهاء الذين يستحقون / الحجر عليهم[4]، فإذا كان بين اثنين لم يجز لهما إفساده، كما لم يجز (297/ب) ذلك للواحد، بخلاف البئر الواسعة خالصة لواحد منهما فإن له[5] أن يبني في وسطها حاجزاً ويجعلها بئرين، وكذلك أيضاً المساكن والحوانيت والأرحية والحمامات وما جانسها يعتبر فيها هذا الأصل[6].

مسألة (770): إذا مات رجل وعليه دين يستغرق[7] تركته، فباع الورثة عيناً من أعيان التركة قبل قسمة المواريث[8] لقضاء الدين كان ذلك البيع صحيحاً[9]، وإن تعلق الدين بما بعد الموت[10].

---

(1) في / أ: (السابقة التي بجنسها فأجبرنا).
(2) في / ج: (المسعه إذا دعاه القاضي).
(3) في / ج: (من كسره).
(4) (عليهم) ساقط من / ج.
(5) في / ج: (كان له).
(6) فما كان منها كبيراً وتبقى المنفعة بعد القسمة قسم بينهما، وما كان صغيراً، ولا تبقى المنفعة فلا يقسم بينهما.
انظر: أدب القضاء 2/ 224، وروضة الطالبين 11/ 203، ومغني المحتاج 4/ 420.
(7) في / أ: (مستغرق).
(8) في / أ: (الوارث).
(9) في / أ: (صحيح).
(10) على أحد القولين.
القول الثاني: إن البيع باطل؛ لأن التركة مرتهنة بالدين، فلم يجز بيعها كالرهن. قال النووي: المذهب منع البيع.
انظر: أدب القاضي للماوردي 2/ 216 ـ 217، وروضة الطالبين 11/ 158، ونهاية المطلب.خ. جـ 15. ورقة: 148 ـ ب.

ولو أراد الراهن بيع الرهن[1] قبل قضاء الدين لم يكن له بيعه، ولا بيع شيء منه[2].

الفرق بينهما: أن الدين إنما تعلق بالرهن على وجه الاختيار، فيستحيل أن يباشر في العين المرهونة عقد البيع، وهو الذي باشر عقد الرهن وأكمله[3] بالتسليم.

فأما تعلق الديون بالتركة، فليس طريقها طريق الاختيار، وإنما ذلك بالشرع[4]، وهذه النكتة تقتضي جواز بيع العبد الجاني وإن كان أرش الجناية متعلقاً برقبته؛ لأن تعلقه بالرقبة ما كان على وجه الاختيار[5].

مسألة (771): واجب القاضي أن يمتنع عن القضاء فيما يقتضي علمه السابق الامتناع عنه، وفي تنفيذ القضاء بالعلم قولان: وتفسير ذلك: أن يشهد شاهدان على نكاح بين رجل[6] وامرأة والقاضي يعلم أن بينهما رضاعاً، فلا يجوز له الإقدام على القضاء بالشهادة مع علمه بالرضاع قولاً واحداً[7]، وهل يحكم بفسخ النكاح بعلمه بالرضاع[8] إذا كان اختلافهما في الفسخ[9]؟

---

(1) (بيع الرهن) ساقط من / أ.
(2) انظر: الشرح الكبير 10/ 88، وروضة الطالبين 4/ 74، وأدب القاضي للماوردي 2/ 217.
(3) في / أ: (وكمله).
(4) انظر: هذا الفرق في: أدب القاضي للماوردي 2/ 217.
(5) انظر: أدب القاضي للماوردي 2/ 217، ومغني المحتاج 2/ 14، وروضة الطالبين 3/ 357.
(6) في / ج: (بين رجلين).
(7) انظر: مغني المحتاج 4/ 398، ونهاية المحتاج 8/ 259، وأدب القضاء 1/ 400، ونهاية المطلب خ. ج 15. ورقة: 156 ـ أ.
(8) في / ج: (الرضاع).
(9) في / ج: (على الفسخ).

فيه قولان[1]:

والفرق بينهما: أن النكاح إذا كان قائماً[2] بين شخصين قبل المرافعة، فالظاهر أن الزوج مالك لبضع الزوجة، فليس للقاضي أن يعترض على نكاح ثبت ظاهره إلا[3] ببينة ظاهرة.

وأما إذا ادعى رجل نكاح امرأة وهي تجحد وأراد إقامة البينة والقاضي يعلم رضاعاً بينهما، فلا يجوز له أن يصغي إلى هذه الشهادة، ولا يحل له أن يقضي بالنكاح، بل يلزمه أن يمتنع عن الحكم؛ لأن الظاهر عدم النكاح [بينهما، والقاضي يسمع البينة يريد أن يبتدىء بينهما الزام حكم النكاح][4] وهو عالم باستحالة النكاح، فلا يجوز له الإصغاء إلى الشهادة، ولا يحل الحكم بينهما[5].

مسألة (772): إذا ادعى مالاً وشهدت له امرأتان لم يكن له أن يحلف معهما[6]، بخلاف الرجل[7]، وإذا أقام شاهداً واحداً[8] قبلنا معه[9] شهادة

---

(1) القول الأول: إنه يقضي بعلمه. وهو اختيار المزني والربيع المرادي.
القول الثاني: إنه لا يقضي بعلمه.
انظر: مختصر المزني / 302، وأدب القضاء 1/ 400 ـ 401، وأدب القاضي للماوردي 21/ 368 ـ 370، ومغني المحتاج 4/ 398، ونهاية المطلب. خ. جـ 15. ورقة: 156 ـ أ.

(2) (قائما) ساقط من / أ.

(3) (إلا) ساقط من / جـ.

(4) ما بين الحاصرتين ساقط من / جـ.

(5) في / أ: (بها).

(6) انظر: مختصر المزني / 303، وأدب القاضي لابن القاص 1/ 302، ومغني المحتاج 4/ 443.

(7) فإذا شهد له رجل جاز أن يحلف معه.
انظر: مختصر المزني / 306، وأدب القاضي لابن القاص 1/ 292، ومغني المحتاج 4/ 443.

(8) في / جـ: (شاهد واحد).

(9) في / أ: (فقبلنا مع).

امرأتين[1] [2].

(298/أ) والفرق بينهما[3]: أن الرجل الواحد إذا شهد جاز/ له أن يستتبع[4] في[5] الشهادة حكم المرأتين، فيقومان معه[6] مقام رجل مثله، فأما إذا لم يشهد[7] سوى امرأتين فأراد أن يضم اليمين إلى شهادتهما، فليس له ذلك؛ لأن شهادتهما عريت عن شهادة رجل، فلا تصير شهادتهما أصلاً ولا رجل معهما.

ولهذا لو شهد أربع نسوة مقام رجلين لم يتعلق بشهادتهن[8] حكم [حتى يكون معهن شهادة رجل[9]، وإنما يتعلق الحكم][10] بشهادتهن على الانفراد في مواضع مخصوصة كالولادة والرضاع وعيوب النساء[11].

مسألة (773): إذا تلاعن الزوجان كان القضاء بينهما نافذاً ظاهراً وباطناً [في

---

(1) في / ج: (امرأتان).

(2) لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ البقرة جزء من آية (282).
وهذه الشهادة مقبولة في الأموال فقط.
انظر: مختصر المزني / 303، ومغني المحتاج 4/ 441، والغاية القصوى في دراية الفتوى 2/ 1021، وأدب القضاء 2/ 91.

(3) في / ج: (والفرق بين الحالتين).

(4) في / ج: (جاز أن يستتبع).

(5) (في) ساقط من / ج.

(6) (معه) ساقط من / ج.

(7) في / أ: (فإذا لم يشهد).

(8) في / ج: (شهادتهما).

(9) انظر: الأم 7/ 47، ومختصر المزني / 303.

(10) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(11) انظر: الأم 7/ 48، ومغني المحتاج 4/ 442، وأدب القضاء 2/ 95، وأدب القاضي لابن القاص 1/ 289.

الفرقة[1]، وكذلك أيضاً المتبايعان إذا تحالفا، فحكم بالانفساخ نفذ ظاهراً وباطناً[2]][3].

وإذا شهد شاهدان على نكاح، أو طلاق وهما شاهدا زور، فقضاء القاضي لا ينفذ إلا ظاهراً، ولا يحيل حكم الحاكم الأمور في الباطن عما هي عليه[4].

والفرق بين الجملتين: أن الفرقة الواقعة باللعان معلقة[5] بالكلمات الخمس الصادرة من جهة الزوج، ولا ريبة[6] ولا مرية في وجود الكلمات بأعيانها، وعقيب فراغ الزوج منها يحكم[7] بوقوع الفرقة، وليست بمتوقفة على قضاء القاضي[8]، وكذلك يقع الفسخ بالتحالف على القول المخرج[9]، فأما[10] القول

---

(1) انظر: روضة الطالبين 8/ 356، 11/ 153، والمهذب 1/ 293 ـ 294، وأدب القضاء 1/ 426، ومغني المحتاج 3/ 380.

(2) انظر: أدب القضاء 1/ 426 ـ 427، والمهذب 1/ 293 ـ 294، ومغني المحتاج 2/ 96.

(3) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(4) فإذا شهد شاهدان على رجل أنه طلق زوجته ثلاثاً، وفرق الحاكم بينهما بشهادتهما، وهما عالمان بكذبهما نفذ حكم الحاكم ظاهراً لا باطناً، فلا يجوز لواحد من الشاهدين أن يتزوج بها مع علمه بالحال وكذلك لو ادعى رجل على امرأة تحت رجل أنها امرأته، وأتى بشاهدي زور، فشهدا للمدعي، وهما يعلمان أنها امرأة غيره فقضى القاضي له بالمرأة لظاهر ستر الشاهدين، فينفذ قضاء القاضي ظاهراً، لا باطناً، فلا يحل للمقضي له وطؤها.
انظر: أدب القضاء 1/ 416، وروضة الطالبين 11/ 152 ـ 153، وأدب القاضي لابن القاص 2/ 366، والأشباه والنظائر لابن السبكي 2/ 897 ـ 898.

(5) في / ج: (متعلقه).

(6) في / أ: (بلا ريبة).

(7) في / أ: (فحكم).

(8) انظر: مغني المحتاج 3/ 380، وروضة الطالبين 8/ 356.

(9) خرّجه أبو بكر الفارسي.
فعلى هذا القول ينفسخ العقد ظاهراً وباطناً. انظر: نهاية المطلب. خ. ج 3. ورقة: 95 ب ـ 96 ـ أ، وروضة الطالبين 3/ 581 ـ 582.

(10) في / ج: (وأما).

المنصوص، فهو أن القاضي يفسخ العقد[1]، ولكن علة الفسخ ما وجد من التحالف والمشاحة؛ ولهذا[2] تعذر إمضاء العقد بينهما، ولا شك في وجود هذه العلة. فأما إذا قضى بالنكاح، فليست العلة شهادة[3] الشهود، [إنما العلة هو العقد الذي أخبر الشهود][4] عنه[5]، والعلة في الفرقة لفظ الطلاق الذي شهدوا عليه، فإذا كان ذلك النكاح وذلك الطلاق في الباطن معدوماً استحال[6] تنفيذ القضاء في الباطن، وكذلك في[7] البيوع[8]، وهذا معنى قول رسول الله ـ ﷺ ـ: «إنما أنا بشر مثلكم، وإنكم تختصمون[9] إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض[10]، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه[11] فإنما أقطع له قطعة[12] من النار»[13].

---

(1) فعلى هذا القول في نفوذه ظاهراً وباطناً ثلاثة أوجه:
الوجه الأول: ينفذ ظاهراً وباطناً.
الوجه الثاني: ينفذ ظاهراً، لا باطناً.
الوجه الثالث: إن كان البائع صادقاً نفذ ظاهراً وباطناً، وإن كان كاذباً نفذ ظاهراً، لا باطناً.
انظر: مختصر المزني / 87، وروضة الطالبين 3/ 582، وأدب القضاء 1/ 425 ـ 426، ونهاية المطلب خ. ج 3. ورقة: 95 ـ ب ـ 96 ـ أ.

(2) في /أ: (ولذلك).

(3) في /أ: (بشهادة).

(4) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.

(5) في /ج: (عليه).

(6) في /أ: (وما استحال).

(7) (في) ساقط من /أ.

(8) فلو حكم في البيوع بشهادة زور لم ينفذ في الباطن.
انظر: أدب القاضي لابن القاص 1/ 365، وروضة الطالبين 11/ 152 ـ 153.

(9) في /ج: (لتختصمون).

(10) (من بعض) ساقط من /ج.

(11) في /ج: (فلا يأخذ به).

(12) في /أ: (اسطا).

(13) هذا حديث أم سلمة أخرجه البخاري في كتاب «الأحكام» باب «من قضى له بحق أخيه فلا يأخذه فإن قضاء الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً» حديث (42)، ومسلم في كتاب «الأقضية» باب «الحكم بالظاهر واللحن بالحجة» حديث (1713).

مسألة (774): إذا كان على الرجل[1] دين وله على الناس ديون فأقام[2] شاهداً واحداً وأبى[3] أن يحلف معه، فليس لغرمائه أن يحلفوا مع الشاهد لاستقصاء[4] دينه بدينهم[5].

ولو مات رجل وله على الناس ديون وللناس عليه ديون[6] فأقام ورثته[7] شاهداً واحداً/ وامتنعوا[8] من اليمين[9] معه كان للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد في أحد **(298/ب)** القولين[10].

والفرق بين المسألتين: أن الرجل إذا مات فربما يمتنع الورثة عن اليمين؛ لأنهم لم يعلموا على الحقيقة وجوب الدين لأبيهم على الغرماء، ولا يبعد أن يعلم الغرماء من ذلك ما لا يعلمه الورثة، فإذا أرادوا[11] أن يحلفوا عند امتناع الورثة ساغ لهم[12] أن يحلفوا ويستحقوا.

فأما إذا كان الرجل حياً وامتنع بنفسه عن اليمين مع الشاهد ـ وهو أعلم من غيره بما وجب له وعليه ـ فمن[13] المحال إقدام الغرماء على اليمين وهم لا يعلمون

---

(1) في /ج: (على انسان).
(2) في /ج: (وأقام).
(3) في /ج: (ودالنا).
(4) في /ج: (لاستيفاء).
(5) انظر: الأم 3/ 203، ومختصر المزني / 104.
(6) (وللناس عليه ديون) ساقط من /أ.
(7) (ورثته) ساقط من /أ.
(8) في /أ: (شاهد واحد فأبى أن يحلف معه فليس لغرمائه أن يحلفوا مع الشاهد لاستيفاء الديون وامتنعوا).
(9) في /ج: (عن اليمين).
(10) والقول الجديد: أنهم لا يحلفون.
انظر: الأم 6/ 258، ومختصر المزني / 306، وروضة الطالبين 4/ 135، 11/ 280.
(11) في /ج: (وإن أرادوا).
(12) في /ج: (له).
(13) في /أ: (ومن).

من حقائق معاملاته ما يعلمه[1]؛ فلذلك فصلنا بين حالة الحياة وحالة الممات، فلم نجوز لهم أن يحلفوا[2] [إذا نكل وهو[3] حي، وجوزنا لهم أن يحلفوا][4] إذا نكل الورثة والموروث ميت.

ومن أصحابنا من سوى بين المسألتين وجعلهما جميعاً[5] على قولين[6]، وهذا صنيع من لا يبالي بالنصوص، أو يكون منها[7] على غفلة، وذلك أن الشافعي ـ رحمه الله ـ لما ذكر القولين بعد الممات واشتغل بتوجيههما قاس أحد القولين على حالة[8] الحياة وهو: قول منع الغرماء عن اليمين، ولو كان له قولان في حالة الحياة، كما كان له[9] قولان بعد الممات لما قاس أحد القولين من حالة على الحالة الأخرى.

مسألة (775): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو أن رجلين[10] ادعيا داراً في يدي رجل ميراثاً فأقر لأحدهما بنصفها وأنكر حق الآخر فأخذ المقر له نصيبه شاركه أخوه وشاطره[11]، ولو أن أخوين ادعيا ديناً على رجل لأبيهما وأقاما

(1) في /أ: (ما يعلم هو).
(2) في /ج: (ولم يجز أن يحلفوا).
(3) في /ج: (وهي) والصواب ما أثبت.
(4) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(5) (جميعاً) ساقط من /أ.
(6) فجعل في المسألة الأولى قولا آخر وهو: أن الغرماء يحلفون.
وجهه: أن لهم حقاً في المال فجاز أن يحلفوا على تثبيته. وممن ذهب إلى هذا أبو الطيب طاهر الطبري.
انظر: شرح مختصر المزني.خ. ج 5. ورقة: 83 ـ أ ـ ب، والحاوي خ. ج 7. ورقة: 195 ـ ب، 196 ـ أ.
(7) في /أ: (نسيها).
(8) في /أ: (على احالة).
(9) في /أ: (كما قال له).
(10) في /ج: (أخوين).
(11) انظر: الأم 3/ 323، ومختصر المزني / 106.
وسبق أن ذكر المؤلف ـ رحمه الله ـ هذه المسألة في كتاب الصلح ص: 212.

شاهداً واحداً فحلف أحدهما مع شاهده ونكل الآخر أخذ الحالف نصيبه، ولا حق لأخيه فيما أخذ»[1].

فمن أصحابنا من قال: إنما افترقت المسألتان؛ لأن الدعوى في أحدهما عين وفي الأخرى دين[2]، وهذه طريقة سديدة؛ لأن العين المستحقة شائعة الأجزاء[3] بكل حال، فإذا قبض أحدهما بعض العين استحال أن ينفرد باستحقاقه وهما جميعاً وارثان وطريق استحقاقهما طريق الميراث.

فأما الذمة إذا كانت[4] محلا للدين، فتخصيص صاحب الذمة واحداً من المستحقين بالايفاء، كالقسمة والإفراز[5]؛ فلذلك اختص بما قبض.

ومن أصحابنا من قال: المذهبان في المسألتين[6] على الاختلاف سواء كان الحق المدعى ديناً، أو عيناً، والنكتة الفاصلة بينهما: أن أحدهما لما نكل بطل حقه بالنكول، فجاز أن يختص صاحبه[7] الثاني بالمأخوذ، وليس في أحدهما[8] إبطال حقه في مسألة الإقرار حتى يختص صاحبه بالمأخوذ،/ فهذا هو الفرق[9] (299/أ) بين المسألتين[10] [11].

(1) انظر: الأم 6/ 257، وأدب القضاء 2/ 342 ـ 343، وروضة الطالبين 11/ 280.
(2) انظر هذا الفرق في: أدب القضاء 2/ 343، وروضة الطالبين 11/ 281.
(3) في /ج: (للأجزاء).
(4) في /أ: (التي كانت).
(5) في /أ: (والإقرار).
(6) في /ج: (في المسألتان).
(7) (صاحبه) ساقط من /ج.
(8) في /أ: (وليس من أحدهما).
(9) (هو الفرق) مكرر في /ج.
(10) (بين المسألتين) ساقط من /ج.
(11) وهذا ما فرق به الجمهور.
وهذه طريقة من قرر النصين.
ومن الأصحاب من قال: المسألتان فيهما جميعاً قولان بالنقل والتخريج.
ونسب النووي هذا إلى الغزالي وقال: لا يعرف هذا لغيره.
انظر: روضة الطالبين 11/ 281، وأدب القضاء 2/ 343، ونهاية المطلب.خ. ج 15. ورقة: 175 ـ أ.

مسألة (776): إذا أقام رجل شاهداً واحداً على جارية في يد رجل أنها له[1] وأن ابنها[2] ولده منها[3]. فقد[4] قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا حلف مع شاهده حكمنا بأن الجارية له[5] أم ولده، وفي الولد قولان:

أحدهما: أن نسبه ثابت ويحكم له به.

والثاني: أن النسب لا يثبت، ولا يحكم له بالولد»[6].

والفرق بين الأم حيث[7] صيرناها أم ولد بالشاهد واليمين، وبين الولد حيث لم[8] نثبت نسبه في أحد القولين ـ وإن كان[9] العتق والنسب سواء في أن لا نثبتهما بالشاهد واليمين[10] ـ: أن الرجل إذا ادعى أن الجارية أم ولدي فأصل دعواه فيها دعوى الملك، والملك مما يثبت بالشاهد واليمين، ثم يترتب الاستيلاد على الملك بإقراره على أن أم الولد في الحال مملوكة، ألا تراه يطأها بملك اليمين ويؤاجرها ويزوجها فيأخذ[11] مهرها.

فأما الولد، فليس للرجل فيه دعوى الملك في الحال، وإنما يدعي نسبه وحريته، وكل واحد منهما حق لا يثبت بالشاهد واليمين؛ فلذلك فصلنا بين الأم وبين الولد.

---

(1) في /أ: (في يد رجل بولد أنها له).
(2) في /أ: (وإن ولدها) وما أثبت من /ج موافق لنص الشافعي.
(3) في /أ: (ومنه).
(4) (فقد) ساقط من /ج.
(5) (له) ساقط من /أ.
(6) وهو الأظهر.
انظر: مختصر المزني /306، والأم 7/ 7، وروضة الطالبين 11/ 279، ونهاية المطلب.خ. ج 15. ورقة: 176 ـ أ، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 235 ـ أ ـ ب.
(7) (حيث) ساقط من /أ.
(8) (حيث لم) ساقط من /أ.
(9) في /ج: (فإن كان).
(10) انظر: روضة الطالبين 11/ 289، ونهاية المطلب.خ. ج 15 ورقة: 176 ـ أ.
(11) في /ج: (ويأخذ).

فإن قال قائل: أرأيت لو ادعى رجل عبداً في يدي رجل وقال: كان عبداً[1] لي، فأعتقته، وأنكر صاحب اليد، وأقام المدعي شاهداً واحداً وحلف مع شاهده ثبتت[2] دعواه وإن كان لا يثبت سوى الحرية[3].

قلنا: إن الرجل في هذا الموضع يثبت أصل الملك في رقبته في زمان مضى، وذلك مما يثبت بالشاهد واليمين، ثم يترتب العتق على ملكه بالإقرار الصادر من جهته، هذا[4] فرق ما بينهما.

ومن أصحابنا من قال: ليس في الولد قولان، بل فيه قول واحد: أنا نقضي له بنسبه وحريته، كما قضينا بأن الأم أم ولده، ونسب المزني إلى الغلط في نقل القول الثاني، ويقول: ما وجدنا القول الثاني منصوصاً في نقل الربيع عن الشافعي: ومن قال بالطريقة الأولى ذبّ عن المزني بأنه ربما[5] سمع القول الثاني فنقله عن السماع.

مسألة (777): ألحق الشافعي ـ رحمه الله ـ الحبس في العتق في كتاب الأحباس وقاسه عليه في مواضع شتى[6]، ثم فصل بينهما هاهنا، فأثبت الوقف

---

(1) في /أ: (عبداً).

(2) في /أ، جـ: (ثبت) والصواب ما أثبت.

(3) انظر: مختصر المزني /306، وروضة الطالبين 11/ 279 ـ 280، ونهاية المطلب.خ. جـ 15. ورقة: 176 ـ أ.

(4) في /أ: (فهذا).

(5) (ربما) ساقط من /جـ.

(6) ومن ذلك ما قال الشافعي في الأم: «ويجامع المال المحبوس الموقوف العتق الذي أخرجه مالكه من ماله بشيء جعله لله إلى غير ملك نفسه ولكن ملكه منفعة نفسه بلا ملك لرقبته كما ملك المحبس من جعل منفعة المال له بغير ملك منه لرقبة المال وكان باخراجه الملك من يديه محرماً، على نفسه أن يملك المال بوجه أبداً كما كان محرماً أن يملك العبد بشيء أبداً فاجتمعا في معنيين» أ. هـ.
الأم 4/ 53، وانظر: مختصر المزني / 133.
ومن ذلك أيضاً قوله في الأم في موضع آخر: «ولو مات المتصدق بها قبل أن يقبضها من تصدق بها عليه لم يكن لوارثه منها شيء وكانت لمن تصدق بها عليه، ولا يجوز أن يقال=

بالشاهد [واليمين[1]، ولم يثبت العتق بالشاهد][2] واليمين[3].

والفرق بينهما في هذا الحكم: أن الوقف لا يوجب إخراج الرقبة عن صفة المالية، وإن أوجب وصفاً مخصوصاً في الملك؛ والدليل على بقاء معنى المالية: أن من أتلف رقبة الوقف التزم قيمتها بالسوق[4] كمن يتلف[5] رقبة الملك، ثم ربما / (299/ب) نقول ـ في أحد القولين ـ: إن الواقف هو المالك للرقبة، وربما نقول: إن الموقوف عليه هو المالك.

فأما إذا ادعى عبد على سيده أنك أعتقتني، فليس يدعي عليه مالاً ولا ما يؤول إلى المال، وإنما يدعي عليه محض الزوال وقربة[6] العتاق، فلا يجوز أن يثبت ذلك بشاهد ويمين. وقد قال أبو العباس بن سريج ـ رحمه الله ـ تخريجاً: يحتمل أن تكون منزلة الوقف كمنزلة العتق حتى لا يثبت بالشاهد واليمين[7]، والنص ما قدمناه عليه عامة مشايخنا.

=ترجع موروثة والموروث إنما يورث ما كان ملكاً للميت فإذا لم يكن للمتصدق الميت أن يملك شيئاً في حياته ولا بحال أبداً لم يجز أن يملك الوارث عنه بعد وفاته ما لم يكن له أن يملك في حياته أبداً. قال: وفي هذا المعنى: «العتق، إذا تكلم الرجل بعتق من يجوز له عتقه، تم العتق ولم يحتج إلى أن يقبله المعتق. . .» الأم 4/ 51.

(1) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ولو أقام شاهداً بأن أباه تصدق بهذه الدار عليه صدقة محرمة موقوفة حلف مع شاهده وكانت الدار صدقة عليه، كما شهد شاهده». أ. هـ.
الأم 7/ 5، وانظر: مختصر المزني / 306.

(2) ما بين الحاصرتين ساقط من / جـ.

(3) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ولو أقام عبد شاهداً على أن سيده أعتقه، أو كاتبه لم يحلف مع شاهده» أ. هـ.
الأم 7/ 3، وانظر: مختصر المزني / 307.

(4) انظر: مغني المحتاج 2/ 391، وروضة الطالبين 5/ 353.

(5) في / أ: (كما يتلف).

(6) في / جـ: (وقرب).

(7) ونسب البغوي والنووي هذا القول إلى أبي إسحاق المروزي، وذكرا أن ابن سريج قال بثبوت الوقف بالشاهد واليمين.
انظر: تهذيب الأحكام. خ. جـ 4. ورقة: 235، وروضة الطالبين 11/ 284.

مسألة (778): إذا ادعى رجل على امرأة أنه خالعها على ألف درهم وأنكرت المرأة، فالطلاق واقع[1]، ولو أقام الرجل شاهداً واحداً حلف واستحق المال[2]، ولو ادعت على زوجها الخلع، فأنكر وأقامت شاهداً واحداً لم يكن لها أن تحلف[3]؛ لأنها تثبت الطلاق والزوج في المسألة الأولى يثبت المال.

وعلى هذا لو ادعى العبد أن سيده كاتبه لم يقض للعبد بالشاهد واليمين[4]، ولو ادعى الرجل على مكاتبه أنه عجز فعجزه ـ والمكاتب منكر ـ قضينا للسيد بالشاهد واليمين[5]؛ لأن المكاتب في الطرف الأول يقصد اثبات عقد العتق، والسيد في الطرف الثاني يقصد اثبات المال وعود الرقبة إلى الرق بسبب العجز؛

فلذلك افترقت المسألتان.

مسألة (779): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو أقام شاهداً أن أباه تصدق عليه بهذه الدار صدقة موقوفة محرمة وعلى أخوين له، فإذا انقرضوا، فعلى أولادهم، أو على المساكين، فمن حلف منهم ثبت حقه وصار ما بقي[6] ميراثاً، وإن حلفوا معاً خرجت الدار من ملك صاحبها إلى من جعلت له في حياته ومضى الحكم فيها لهم»[7].

ثم حكم الشافعي ـ رحمه الله ـ في هذه المسألة: بأن الآباء لو نكلوا[8] لم يكن

---

(1) انظر: مغني المحتاج 3/ 277، ونهاية المحتاج 6/ 421.
(2) انظر المرجعين السابقين.
(3) انظر: نهاية المحتاج 6/ 421، ومغني المحتاج 3/ 277، وقليوبي وعميرة 3/ 322.
(4) تقدم.
انظر: المسألة السابقة ص: 634.
(5) انظر: أدب القضاء 2/ 91، وروضة الطالبين 11/ 278، ومختصر المزني / 331.
(6) في / ج: (ما يبقى).
(7) انظر: مختصر المزني / 306، والأم 7/ 5.
(8) في / أ: (لو تكلموا).

للأعقاب[1] بعدهم أن يحلفوا في أحد القولين[2].

ومثله[3]: لو قال المتصدق في أصل عبارة الصدقة تصدقت[4] عليهم وعلى أولادهم، وأولاد أولادهم[5] ما تناسلوا، فنكل الآباء كان للأبناء أن يحلفوا[6].

والفرق بينهما: أنه[7] إذا قال: فإذا انقرضوا، فعلى أولادهم فقد رتب حق الأولاد في الاستحقاق على حق الآباء، فتلقوا ما أخذوا من جهة آبائهم، فإذا نكل الآباء بطل بنكولهم حق الأبناء في اليمين.

فأما إذا قال: عليهم وعلى أولادهم، وأولاد أولادهم[8] فإنه نزّل الأولاد في أصل الاستحقاق بمنزلة الآباء، ولم يجعل حقهم مرتباً / على حقهم [وتلقى الأولاد حقهم من الواقف، كما تلقى الآباء حقهم][9] منه، ونكول بعض الآباء عن اليمين مع الشاهد لا يبطل حق الآباء، فكذلك نكول الآباء لا يبطل[10] حق الأولاد، ولهم أن يحلفوا وإن نكل آباؤهم[11]. (300/أ)

---

(1) في / أ: (للأعفاف).

(2) والقول الثاني ـ وهو الأظهر ـ: أن لهم أن يحلفوا؛ لأنهم أصحاب حق، فإذا أبطل آباؤهم حقهم بالنكول، فلهم أن لا يبطلوا حقهم.
انظر: الأم 7/ 5، وروضة الطالبين 11/ 286، وتهذيب الأحكام. خ. ج 4. ورقة: 236 ـ أ.

(3) في / ج: (وبمثله).

(4) في / ج: (تصدق).

(5) (وأولاد أولادهم) ساقط من / أ.

(6) قال النووي: بلا خلاف.
انظر: روضة الطالبين 11/ 289، وتهذيب الأحكام خ. ج 4. ورقة: 236 ـ ب.

(7) (أنه) ساقط من / ج.

(8) في / ج: (وعلى أولاد أولادهم).

(9) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(10) في / ج: (يبطل) بسقوط اللام قبلها.

(11) انظر هذا الفرق في: تهذيب الأحكام خ. ج 4. ورقة: 236 ـ ب.

كتاب الشهادات[1]

مسألة (780): حكم الشافعي ـ رحمه الله ـ بوجوب الحد على من شرب قليل نبيذ[2] وهو يستحله[3]، ثم أجاز شهادته[4]، قال المزني: «كيف يحد من شرب قليلاً من نبيذ ويجيز شهادته»[5]؟ فاستبعد الفرق[6] بين المسألتين.

والفرق بين المسألتين[7] ظاهر وهو[8]: أن الشافعي ـ رحمه الله ـ بنى كل واحد من الحكمين على أصل له، والأحكام[9] تختلف باختلاف أصولها، فبنى حكم وجوب الحد على صحة الأخبار؛ لأن الأخبار في تحريم النبيذ وكل شراب مسكر صحيحة ورواياتها كثيرة[10]، ولا يكاد

(1) (كتاب الشهادات) ساقط من / أ.
(2) في / أ: (النبيذ).
(3) في / ج: (وهو يستحلفه).
وانظر: الأم 6/ 144 .
(4) انظر: مختصر المزني / 310، والأم 6/ 206.
(5) مختصر المزني / 310.
(6) في / ج: (والفرق).
(7) في / ج: (والفرق بينهما).
(8) في / أ: (وذلك).
(9) في / أ: (وأحكام).
(10) منها حديث ابن عمر عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال: «كل مسكر خمر، وكل مسكر حرام» رواه مسلم، وأبو داود.
ومنها حديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ: أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: «الخمر من هاتين الشجرتين: النخلة، والعنبة» رواه مسلم، وأبو داود.
انظر: صحيح مسلم كتاب «الأشربة» باب «بيان أن كل مسكر خمر وأن كل خمر حرام» حديث (2003)، وباب «بيان أن جميع ما يتنبذ، مما يتخذ من النخل والعنب، يسمى خمراً» حديث (1985). =

الخصم[1] يروي في المعاوضة رواية إلا وهي مشغولة برواية تقابلها إلا ما شاء الله، فألحق الشافعي ـ رضي الله عنه[2] ـ النبيذ من هذه الوجوه بالخمر في إيجاب الحد للردع والزجر، فلما جاء إلى الشهادة وقبولها وردها علم أن ذلك حكم مبني على الفسق والعدالة، وفسق الرجل يعتبر بعقيدته[3].

ألا ترى أن الرجل لو غصب جارية[4] فزنى بها[5] يعتقد أنها غصب، ثم بان أنها كانت جاريته المملوكة له حكمنا بتفسيقه لما أقدم عليه واستجازه[6]، ولو اشترى جارية فظن أنها بالشراء ملكه فأصابها، ثم بان أنها كانت مغصوبة لم يحكم

= وسنن أبي داود كتاب «الأشربة» باب «النهي عن المسكر» حديث (3679)، وباب «الخمر مما هي؟» حديث (3678).

وانظر حكم النبيذ مع الأدلة في: الحاوي كتاب «الحدود» 3/ 1017، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 128 ـ ب، وحلية العلماء 8/ 93 ـ 94.

(1) الخصم هو: المخالف في الرأي، والمراد به هنا أبو حنيفة فقد ذهب إلى أن نبيذ الشعير والحنطة والأرز حلال، ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ حل.

واستدل بأدلة منها: حديث ابن عباس عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال: «حرمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب» رواه النسائي والبيهقي. ومنها: حديث ابن عباس ـ أيضاً ـ قال: «كان ينبذ للنبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ الزبيب، فيشربه اليوم والغد، وبعد الغد إلى عشاء الثالثة، ثم يأمر به فيسقى الخدم أو يهراق». رواه مسلم وأبو داود.

انظر: المبسوط 24/ 4، ورؤوس المسائل / 503، ومختصر الطحاوي / 277 ـ 278.

وسنن النسائي كتاب «الأشربة» باب «ذكر الأخبار التي اعتل بها من أباح شرب السكر» حديث (5248)، والسنن الكبرى / 297، وصحيح مسلم كتاب «الأشربة» باب «إباحة النبيذ الذي لم يشتد ولم يصر مسكراً» حديث (2004)، وسنن أبي داود كتاب «الأشربة» باب «في صفة النبيذ» حديث (3712).

(2) (الشافعي رضي الله عنه) ساقط من / أ.

(3) في / أ: (معتبر يعتقد به).

(4) في / ج: (جاريته).

(5) في / ج: (ففجر بها).

(6) انظر: روضة الطالبين 11/ 231، وقواعد الأحكام 1/ 21.

بتفسيقه وإن أصاب حراماً؛ لأنه ما أقدم على الإصابة مستحلاً لحرام[1] فعرفنا أن الفسق والعدالة بالعقائد، وأن إقامة الحد بالدلائل لا بالعقائد.

فإن قيل: اختلاف الناس في شرب النبيذ كاختلافهم في النكاح بغير ولي، وأنت[2] لا تحد من نكح بغير ولي، فكيف تحد من شرب النبيذ وهذا مستحل للنكاح[3] بغير ولي، وهذا مستحل شرب[4] النبيذ؟.

والفرق بينهما: أن العقد مع العقيدة وجد في أحدهما فجاز أن يصير ذلك العقد[5] شبهة في درء الحد.

فأما مجرد العقيدة مع ظهور الدلائل[6] فيستحيل أن تصير شبهة في درء الحد، ونص الشافعي ـ رحمه الله ـ أن من نكح بغير ولي وأصاب فلا حد عليه[7]، ولم يفصل في ظاهر كلامه بين[8] من يستحله وبين من لا يستحله، فذهب بعض مشايخنا إلى الفرق وأوجب الحد على غير[9] المستحل[10]، وبعضهم جرى على ظاهر كلامه وأسقط الحد عنهما جميعاً بشبهة العقد[11]؛ لما ذكرناه.

مسألة (781):/ الصبي إذا شهد، فردت شهادته، فبلغ فأعادها بعينها **(300/ب)**

(1) انظر: روضة الطالبين 11/ 231.

(2) في /ج: (وانك).
والمقصود بقوله: وأنت هو الشافعي رحمه الله.

(3) في /أ: (يستحل النكاح).

(4) في /أ: (الشرب).

(5) (العقد) ساقط من /أ.

(6) في /أ: (الدلالة).

(7) انظر: مختصر المزني / 163، والأم 5/ 25.

(8) (بين) ساقط من /أ.

(9) في /ج: (عين).

(10) وممن ذهب إلى ذلك الأصطخري، وأبو بكر الفارسي، وأبو بكر الصيرفي.
انظر: روضة الطالبين 7/ 51، وحلية العلماء 6/ 325، والمهذب 2/ 35.

(11) وهو قول أكثر الأصحاب، وهو المذهب.
انظر: روضة الطالبين 7/ 51، والبيان.خ. ج 5. ورقة: 176 ـ أ.

كانت الإعادة مقبولة، وكذلك المملوك يعتق، وكذلك[1] الكافر يسلم[2].

فأما الفاسق إذا أقام شهادة، فردت، فعدل[3]، فأعادها بعينها[4] فالإعادة مردودة[5].

والفرق بين الفريقين: أن المراهق متى ما ردت شهادته لم يتعيّر بردها؛ لعلمه أن علة ردها ما فيه من الصغر، والصغير[6] لا يتعير[7] بصغره، والمملوك لا يتعير[8] برقه، والكافر لا يتعير بكفره[9]، بل يفتخر به ويذب عنه، فإذا أعادوها[10] لم يلحقهم تهمة ظاهرة في نفي عار سابق لحقهم؛ لأنهم لا يتعيرون[11] بالرد السابق، فعلمنا أنهم أعادوها تديناً فقبلناها.

فأما الفاسق، فليس كذلك؛ [لأنه يتعير بالفسق وإن كان ماجناً مكباً على أسباب الفسق، وكذلك][12] يستتر بفسقه، حتى قال بعض أصحابنا: إن كان يعلن بفسقه مباهياً به كمباهاة الكافر بكفره قبلنا شهادته عند الإعادة، كما قبلنا

---

(1) (كذلك) ساقط من / ج.
(2) انظر: الأم 7/ 47، ومختصر المزني / 311، وأدب القاضي لابن القاص 1/ 312.
(3) في / ج: (فاعتدل) ثم كتب فوقها (فعدل).
(4) (بعينها) ساقط من / ج.
(5) وقال المزني: تقبل.
انظر: الأم 7/ 47، ومختصر المزني / 311، وأدب القاضي لابن القاص 1/ 312، وروضة الطالبين 11/ 241.
(6) (والصغير) ساقط من / أ.
(7) في / أ: (لا يعير).
(8) في / أ: (لا يعير).
(9) في / أ: (لا يعير بكفر).
(10) في / أ، ج: (فإذا عاودها) ولعل الصواب ما أثبت.
(11) في / أ: (لا يعيرون).
(12) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.

شهادة الصبيان والكفار والعبيد[1]، لما ذكرنا[2] من معنى التهمة.

فأما غير المعلن فمعلوم أنه مع استسراره[3] بالفسق وتشبهه بالعدول يتعير بالرد، فربما يقصد بالإعادة نفي العار السابق وغسله عن نفسه ونفضه[4] عن شهادته، وإذا[5] تمكنت التهمة من الشهادة أوجبت ردها[6].

فإن قيل: فيجب أن لا تقبل[7] شهادته في شيء بعد الاعتدال، كما لا تقبل في هذه الشهادة المعادة[8]، لأنك إذا قبلت سائر شهاداته فكأنك نفضت عنه[9] العار السابق، وكأنك[10] أقررت بأنك أخطأت في رد تلك[11] الشهادة.

قلنا: عار الرد[12] السابق إنما ينتفي عنه بقبول تلك الشهادة بعينها، فإنك إذا قبلتها بعدما رددتها ساغ له[13] أن يقول أخطأ القاضي حين ردني، ألا تراه أنه قبل شهادتي المردودة بعينها[14]، ولا تسوغ له[15] هذه المقالة بأن قبل سائر شهاداته؛

(1) على أحد الوجهين.
الوجه الثاني: لا تقبل. قال النووي: وهو الأصح عند الأكثرين.
انظر: روضة الطالبين 11/ 241 ـ 242، والوجيز 2/ 251.
(2) في /ج: (كما ذكرنا).
(3) في /أ: (أن منع أسراره).
(4) في /ج: (ونقضه).
(5) في /أ: (إذا) بسقوط الواو قبلها.
(6) انظر: روضة الطالبين 11/ 234، ومغني المحتاج 4/ 433.
(7) في /ج: (فإن قيل فلا تقبل).
(8) في /أ: (المعتادة).
(9) في /أ: (منه).
(10) في /أ: (فكأنك).
(11) (تلك) ساقط من /أ.
(12) (الرد) ساقط من /أ.
(13) (له) ساقط من /أ.
(14) (بعينها) ساقط من /أ.
(15) (له) ساقط من /ج.

لأنه إنما[1] قبلها؛ لتغير حاله[2]، عن فسقه إلى عدالته، ولو كانت[3] عدالته سابقة لقَبِل شهادته السابقة.

مسألة (782): من سمع شهادة شاهد يقيمها بين يدي قاض جاز له أن يتحملها كما أصغى إليها، حتى يشهد على شهادة ذلك الشاهد من غير استرعاء[4].

فأما إذا لم يكن بين يدي القاضي، فليس له أن يشهد على شهادته إلا بالاسترعاء[5]، والاسترعاء: أن يقول: أشهد على شهادتي وأقمها إذا سئلت إقامتها[6].

والفرق بين الحالتين: أن الرجل في غير مجلس الحكم إذا ذكر شهادته على حق لرجل، فربما يذكرها وذلك الحق في الحال غير واجب، بأن يكون مقضياً[7]، أو يكون ساقطاً بإبراء، وقد يكون الرجل شهاداً[8] على حق ولو استشهد به[9] ليقيمها لم يستجز/ إقامتها؛ لما ثبت[10] عنده من تصرف في ذلك الدين بأخذ عوض عنه مراضاة[11]، أو غير مراضاة[12]. (301/أ)

---

(1) في /أ: (لأنه ربما).
(2) في /أ: (حالته).
(3) في /ج: (لو كانت) بسقوط الواو قبلها.
(4) انظر: أدب القضاء 2/ 60، وروضة الطالبين 11/ 290، وأدب القاضي لابن القاص 1/ 318.
(5) انظر: الأم 7/ 51، وأدب القاضي لابن القاص 1/ 318، وروضة الطالبين 11/ 289.
(6) أي: أقبل على رعاية شهادتي وتحملها.
انظر: أدب القضاء 2/ 60، وروضة الطالبين 11/ 289، ومغني المحتاج 4/ 453.
(7) في /أ: (مقتضياً).
(8) في /أ: (للرجل شهادة).
(9) (به) ساقط من /أ.
(10) في /أ: (لما ذكرناه ثبت).
(11) في /أ: (مرضاة).
(12) في /أ: (مرضاة).

فأما إذا شهد عند الحاكم[1] وهو يعلم أن الشهادة إذا أقيمت في مجلس القاضي تعلق الحكم بها، فالظاهر من إقامته علمه ببقاء وجوب ذلك الحق، وقصور علمه عن الأسباب المسقطة من الإبراء والمعاوضات[2] وغيرها، فكانت هذه القرينة أبلغ من قرينة الاسترعاء.

قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا سمع[3] الرجلان الرجل يقول: أشهد أن لفلان على فلان ألف درهم ولم يقل لهما: اشهدا على شهادتي، فليس لهما أن يشهدا بها[4]، ولا للحاكم أن يقبلها؛ لأنه لم يسترعهما إياها، وقد يمكن أن يقول: له علي فلان ألف وعده[5] إياه»[6].

مسألة (783): إذا سمع القاضي شهادة عدول، فلم يقض بها حتى فسقوا توقف في[7] الإمضاء[8]. وإن عموا، أو جنوا لم يتوقف في الإمضاء[9].

والفرق بين المسألتين: أن العمى إذا اعترض تيقناً أنه حدث وعرفنا أنه غير مستند إلى الزمان الماضي، فصار كموت الشهود، ولو ماتوا بين الإقامة والإمضاء وجب الإمضاء[10]، والجنون، كالعمى.

فأما الفسق، فليس كذلك؛ لأن الرجل إذا ارتكب ما يوجب التفسيق علم[11]

---

(1) في /ج: (عند القاضي).
(2) في /أ: (أو المعاوضة).
(3) في /ج: (فإذا سمع).
(4) في /أ: (أن يشهدا شهادة).
(5) في /أ: (وعدها).
(6) انظر: مختصر المزني /311، والأم 7/ 51.
(7) (في) ساقط من /أ.
(8) انظر: الأم 7/ 54، وروضة الطالبين 11/ 251، ومغني المحتاج 4/ 438.
(9) انظر: روضة الطالبين 11/ 251، ومغني المحتاج 4/ 438.
(10) انظر المرجعين السابقين.
(11) (علم) مكررة في /أ.

العقلاء أن ذلك الارتكاب يترتب[1] على[2] تدبير سابق ورؤية متقدمة، وقصود موجودة[3]، فاستندت التهمة إلى حالة[4] الأداء واعترضت على أصل الشهادة[5]، والشهادة[6] إذا كانت عند الإقامة مشوبة بتهمة الفسق استحال تنفيذ القضاء بها؛ فلذلك فصلنا بين المسألتين.

مسألة (784): إذا رجع شاهد من العشرة الذين شهدوا على المال لم يغرم، وكذلك ما دام شاهدان[7] ثابتين على الشهادة فليس على الثمانية الراجعين غرامة عند الشافعي رحمه الله[8]، والمزني خالف الشافعي في هذه المسألة فأوجب على الراجع[9] الغرم بالتقسيط[10].

قال أيده الله: وحكى[11] لي[12] من اعتمده عن الشيخ[13] الإمام أبي بكر[14] ـ رحمه الله ـ أنه قال: إذا رجع واحد من شهود القتل وجب القود عليه[15]، وإن ثبت على القتل تمام عدد الشهود[16].

---

(1) في /أ: (ترتب).
(2) (على) ساقط من /أ.
(3) في /أ: (موجود).
(4) في /أ: (الحالة).
(5) في /ج: (على أصل الشافعي رضي الله عنه).
(6) (والشهادة) ساقط من /ج.
(7) في /ج (شاهدين).
(8) انظر: مختصر البويطي.خ. ورقة: 67 ـ أ، وأدب القاضي لابن القاص 2/ 398، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 254 ـ ب.
(9) في /أ: (على الراجعين).
(10) انظر: روضة الطالبين 11/ 305، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 254 ـ ب.
(11) في /أ: (حكى) بدون الواو قبلها.
(12) (لي) ساقط من /أ.
(13) في /أ: (على الشيخ).
(14) وهو القفال.
(15) في /ج: (عليه القود).
(16) ومحل قول القفال إن اعترف بالتعمد، كما نقله النووي عن المؤلف رحمه الله. انظر: روضة الطالبين 11/ 304.

والفرق بين القصاص وبين المال: أن الراجع من شهود القتل[1] معترف على نفسه بالقتل، ومن اعترف على نفسه بقتل موجب للقود وجب القود عليه، سواء وجب على غيره أو لم يجب.

فأما في المال، فالحكم بخلافه؛ لأن الراجع يقول: كذبت في الشهادة، وليس يتحقق / بقوله تفويت المال وإتلافه على ذلك الخصم، فإن الحكم الماضي بالمال ثابت بشهادة الشهود الثابتين. (301/ب)

وفي[2] القتل معنى وهو: أن الجماعة إذا تمالئوا[3] على القتل، فكل واحد منهم كالقاتل المنفرد بالقتل[4]، ينسب القتل إليه كله ويقطع حكمه عن حكم غيره[5]، فلذلك صار هذا الرجل مأخوذاً على الانفراد بمقتضى رجوعه دون أصحابه.

مسألة (785): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: لو شهد أجنبيان أن فلاناً المتوفى أعتق هذا العبد، وهو الثلث في وصيته، وشهد الوارثان لعبد[6] غيره أنه أعتقه وهو الثلث في وصيته فسواء، ويعتق من كل واحد منهما نصفه[7]، ولم يأمر الشافعي بالقرعة.

ولو أعتقهما جميعاً في مرض موته وثلثه لا يحتملهما وإنما يحتمل أحدهما، فقد[8] أوجب الشافعي ـ رحمه الله ـ القرعة بينهما[9].

---

(1) بعد أن قُتل المشهود عليه بشهادته.

(2) في /أ: (في) بسقوط الواو قبلها.

(3) في /أ، جـ: (تمالو) والصواب ما أثبت.

(4) (بالقتل) ساقط من / جـ.

(5) انظر: الأم 6/ 22، ومختصر المزني / 237.

(6) في / جـ: (بعبد).

(7) انظر: مختصر المزني / 313، والأم 7/ 59.

(8) (فقد) ساقط من / جـ.

(9) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ولو أعتق رجل ستة مملوكين له عند الموت لا مال له غيرهم جزئوا ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم، كما أقرع النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ في مثلهم وأعتق اثنين ثلث الميت وأرق أربعة للوارث، وهكذا كل ما لم يحتمل الثلث أقرع بينهم» أ. هـ. مختصر المزني / 320، وانظر: الأم 8/ 5.

وصورة المسألة الأولى: أن يكون عتقه لأحدهما[1] متقدماً والثاني[2] متأخراً بيقين ولكن أشكل المتقدم من المتأخر.

والفرق بين المسألتين: أنه إذا أعتقهما معاً وثلثه يحتمل أحدهما فكل واحد منهما يعترف بأنه[3] أعتق صاحبه معه، وأن العتق إنما ينفذ لواحد منهما من الثلث، فلما استويا في الاستحقاق والجهة وضاق الثلث وجب الإقراع بينهما.

فأما إذا كان عتق أحدهما متقدماً فإنا نعلم أن المتقدم منهما هو الحر دون الثاني؛ لأن التنجيز المرتب في مرض الموت يقع مرتباً، ألا ترى أن الشافعي ـ رحمه الله ـ قال: «لو قال: سالم حر، وغانم حر وزياد حر بدأنا بسالم»[4]. فلما كان كذلك صار كل واحد منهما مدعياً لنفسه جميع ثلثه دون صاحبه، وهما سواء، في الدعوى، فصار الثلث كدار في يدي رجلين يتداعيانها[5] بينهما هذا يقول: جميعها لي [والآخر يقول: بل جميعها لي][6]، فالدار مقسومة بينهما نصفين[7]، فكذلك الثلث مقسوم بين هذين العبدين نصفين.

وقد خرج المزني في المسألة الأولى قولاً ثانياً: أنا نقرع بينهما، كما نقرع[8] في المسألة الثانية[9].

ولو احتملت المسألة الأمرين جميعاً: الترتيب، والجمع وجب الإقراع

---

(1) في / أ: (في أحدهما).
(2) في / أ: (وفي الثاني).
(3) في / أ: (معترف أنه).
(4) انظر: الأم 8/ 11، ومختصر المزني / 321.
(5) في / أ: (يتداعانها).
(6) ما بين الحاضرتين ساقط من / ج.
(7) انظر: روضة الطالبين 12/ 52، ومغني المحتاج 4/ 480.
(8) (نقرع) ساقط من / أ.
(9) انظر: مختصر المزني / 313.
والأظهر: القول الأول.
انظر: مغني المحتاج 4/ 487، وروضة الطالبين 12/ 84 ـ 85.

بينهما[1]؛ لأنا لم[2] نستيقن أن أحدهما عن الثاني منفرداً باستحقاق الثلث، فيصير كما لو أعتقهما معاً فيقتضي الإقراع[3].

مسألة (786): قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «إذا ادعى أنه نكح امرأة لم تقبل دعواه حتى يقول: نكحتها بولي وشاهدي عدل ورضاها، فإن حلفت برئت، وإن نكلت قضي له بأنها زوجته»[4]، فاشترط في دعوى النكاح ما ترى من التفسير والتقييد.

ولم يختلف جوابه في سائر الدعاوى / أنها مقبولة، وإن لم يذكر السبب الذي **(302/أ)** كان سبب الملك، وإن لم يذكر جهة من الجهات[5].

الفرق بينهما: أن النكاح مشتمل على أركان منها: اللفظ المتعين[6]، ومنها:

---

(1) انظر: روضة الطالبين 12/ 85، ومغني المحتاج 4/ 487.

(2) (لم) ساقط من / ج.

(3) انظر: روضة الطالبين 12/ 84، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 256 ـ أ.

(4) انظر: الأم 6/ 228، ومختصر المزني / 314.
واختلف الأصحاب في هذا النص. على ثلاثة أقوال:
القول الأول: الاكتفاء في دعوى النكاح بالإطلاق، دون التعرض لهذا التفصيل، كما يكتفى في دعوى استحقاق المال بالإطلاق، ومن قال بهذا القول حمل النص على الاستحباب.
أما **القول الثاني والثالث** فذكرهما المؤلف ـ رحمه الله ـ في المسألة التي تلي هذه المسألة.
انظر: روضة الطالبين 12/ 13 ـ 14، وتهذيب الأحكام خ. ج 4. ورقة: 262 ـ ب.

(5) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «وإذا ادعى الرجل على الرجل أنه غصبه عبداً، أو صار في يديه من غيره بشراء فاسد أو غير ذلك من الملك والعبد غائب قبل القاضي البينة على الصفة والاسم والجنس»، فقبل الشافعي ـ رحمه الله ـ الدعوى وإن لم يذكر المدعي سبب الملك.
انظر: الأم 6/ 245، وروضة الطالبين 12/ 13 ـ 14، وأدب القضاء 1/ 459.

(6) في / أ: (المعين).

الولي، ومنها الشهود، وكثر خلاف العلماء في هذه الأركان[1]، وما هو من شرائط صحته[2]، ومثل ذلك لا يتصور في جهات إملاك

(1) فاختلف العلماء في انعقاد النكاح بغير لفظ: الانكاح والتزويج على قولين:
القول الأول: إن النكاح لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح والتزويج. وهو قول الإمام أحمد والشافعي.
القول الثاني: ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك، وهو قول أبي حنيفة والإمام مالك.
واختلفوا في اشتراط الولي على ثلاثة أقوال:
القول الأول: إنه يشترط. وهو قول الشافعي، وأحمد.
القول الثاني: إنه لا يشترط، وهو قول أبي حنيفة.
القول الثالث: يفرق بين المرأة الشريفة والدنية، فالشريفة لا يجوز نكاحها إلا بولي، والدنية يجوز نكاحها بغير ولي. وهو قول الإمام مالك.
واختلفوا في الأشهاد على النكاح على ثلاثة أقوال:
القول الأول: يشترط الشهود ولا يشترط فيهما العدالة، وهو قول أبي حنيفة.
القول الثاني: يشترط الشهود، ويشترط فيهما العدالة، وهو قول الشافعي وأحمد.
القول الثالث: يجوز النكاح بغير شهود إذا أعلنوا النكاح، وهو قول الإمام مالك.
انظر المسألة الأولى في: المغني 7/ 532، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم 6/ 246 ـ 247، ومختصر المزني / 167، والمهذب 2/ 41، والمبسوط 5/ 59، ورؤوس المسائل / 380، والأشراف 2/ 98، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد 2/ 4.
وانظر المسألة الثانية في: الأم 5/ 12 ـ 13، واختلاف العلماء / 121، والمهذب 2/ 35، والمغني 7/ 449، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم 6/ 262، ورؤوس المسائل / 369، والمبسوط 5/ 10، والمدونة 2/ 165 ـ 166، وبداية المجتهد 2/ 8 ـ 9.
وانظر المسألة الثالثة في: المبسوط 5/ 30 ـ 31، ورؤوس المسائل / 372، والأم 5/ 22، واختلاف العلماء / 123، والمغني 7/ 450، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم 6/ 276، وبداية المجتهد 2/ 17، والأشراف 2/ 93.

(2) كرضاء البكر البالغة مثلاً، فاختلف العلماء في اشتراط رضاها على قولين:
القول الأول: يشترط رضاها، وهو قول أبي حنيفة، وأصح الروايتين عن الإمام أحمد.
القول الثاني: لا يشترط رضاها، وهو قول الشافعي ومالك، والرواية الثانية عن الإمام أحمد.
انظر: المبسوط 5/ 2، ورؤوس المسائل / 371، والكافي 3/ 26، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم 6/ 255 ـ 256، والأم 5/ 19، والمهذب 2/ 37، وبداية المجتهد 2/ 5، والأشراف 2/ 90.

الأموال[1]؛ فلذلك أمر الشافعي في الاستفسار[2] والاستفصال في أحدهما ولم يأمر بذلك في الثاني.

مسألة (787): قال بعض مشايخنا: إنما يستفسر في دعوى النكاح إذا قال: نكحتها، وأما إذا اقتصر على قوله: هذه زوجتي، فلا يستفسر[3].

والفرق بينهما: أنه إذا قال: هذه زوجتي لم يتعرض لدعوى أصل العقد، وإنما تعرض[4] لدعوى الملك في الحال، فجوابه مثله ودعواه مسموعة.

فأما إذا قال: نكحتها، فقد ادعى مباشرة العقد، وللعقد أركانه وأحكامه[5]، ولا بد[6] من أن يذكر كيفية العقد الذي عقده[7].

ومن أصحابنا من قال: لا بد من التفسير سواء ذكر النكاح، أو ادعى الزوجية[8]؛ لأن الزوجية إنما تستفاد بالنكاح، ولو تلفظ بالنكاح في الدعوى لزمه

---

(1) أي لا يتصور في جهات إملاك الأموال هذا الاحتياط، فعقد المال لا يفتقر إلى الشهادة بخلاف عقد النكاح.
انظر: روضة الطالبين 12/ 14، وتهذيب الأحكام.خ. ج 14. ورقة: 262 ـ ب.

(2) في / ج: (بالاستفسار).

(3) وهذا قول أبي علي الطبري. وهو القول الثاني من أقوال الأصحاب في نص الشافعي في المسألة السابقة.
وضعف ابن أبي الدم هذا القول.
انظر: أدب القضاء 1/ 459، وروضة الطالبين 12/ 14، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 262 ـ ب.

(4) في /أ: (يعترض).

(5) في / ج: (وللعقد أركان وأحكام).

(6) في /أ: (فلا بد).

(7) وبيان هذا الفرق: أنه إذا قال: هذه زوجتي فقد ادعى دوام النكاح، ولا يشترط في دوام النكاح الولي والشهود والرضا، فلا يحتاج إلى التفسير.
أما إذا قال: نكحتها فقد ادعى ابتداء نكاح، والابتداء يحتاج إلى هذه الشرائط، فاحتاج إلى التفسير.

(8) وهو القول الثالث في نص الشافعي في المسألة السابقة وهو قول عامة الأصحاب. قال النووي: وأخذ عامة الأصحاب بظاهر النص.
انظر: روضة الطالبين 12/ 14.

التقييد والتفسير، فكذلك إذا ادعى الزوجية ومن ضرورتها النكاح، فكأنه ادعى النكاح.

مسألة (788): إذا تداعى رجلان عبداً في يدي ثالث، وأقام كل واحد منهما بينة فقد استضعف الشافعي قول من أوجب قسمة[1] العبد بينهما نصفين[2].

ولو أوصى لرجل بعبد ولرجل آخر بذلك العبد من غير رجوع وثلثه يحتمله قسمناه بينهما نصفين[3].

والفرق بين المسألتين: أن الوصايا مبنية على التراحم والاجتماع، وليس من ضرورتها انفراد بعضهم بالاستحقاق عن بعض، فنزلا في الثلث منزلة واحدة.

فأما البينتان إذا تقابلتا وهما متكاذبتان[4] فمعقول أنا إذا قضينا[5] بإحدى البينتين دون الثانية كان محالاً، إذ ليس لإحداهما على الأخرى مزية، [وإذا قسمناه بينهما كنا على خلاف البينتين جميعاً؛ لأن كل واحد منهما تثبت جميع الملك، ولا تثبت شركة ومضاربة][6]، فإذا قسمنا بينهما خالفنا البينتين جميعاً بالتنصيف؛ فلذلك

---

(1) في/أ: (قيمة).

(2) قال المزني: قال الشافعي رحمه الله: «ولو كانت دار في يدي رجل والمسألة على حالها فادعاها كل وحد من هذين المدعيين أنه ورثها من أبيه، فمن أبطل البينة تركها في يدي صاحبها، ومن رأى الإقراع أقرع بينهما، أو يجعلها بينهما معاً ويدخل عليه شناعة...
قال المزني ـ رحمه الله: وسمعته يقول في مثل هذا لو قسمته بينهما كنت لم أقض لواحد منهما بدعواه ولا بينته وكنت على يقين خطأ بنقص من هو له عن كمال حقه، أو باعطاء الآخر ما ليس له» أ. هـ.
مختصر المزني / 315، الأم 6/ 231، 245.
والذي أوجب القسمة بينهما هو أبو حنيفة رحمه الله.
انظر: المبسوط 17/ 41، وبدائع الصنائع 6/ 237.

(3) انظر: الأم 4/ 118، ومختصر المزني / 145.

(4) في / أ: (متكافئتان).

(5) (قضينا) مكررة في / جـ.

(6) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.

قلنا: إما أن يقرع بين البينتين، وإما أن يوقف حتى يصطلحا في دعواهما على شيء فنصير إلى صلحهما[1].



(1) هذا على استعمال البينتين. وهو أحد القولين.
القول الثاني ـ وهو الصحيح ـ: أنهما يسقطان، ويصار إلى التحليف.
انظر: المهذب 2/ 311، وحلية العلماء 8/ 188 ـ 189، وروضة الطالبين 12/ 51.

كتاب الدعاوى

مسألة (789): قال الشافعي ـ رحمه الله: «لا أقبل البينة أن هذه الجارية بنت أمته حتى يقولوا[1]: ولدتها في ملكه[2]، ثم عطف على[3] هذه المسألة فقال: «لو شهدوا أن هذا الغزل من قطن فلان، أو أن هذا الزرع من بذر فلان قبلت البينة وإن كانت لا تثبت الملك في الحال»[4].

والفرق بينهما: أن الجارية بعينها لا تصير عين الولد إذا ولدت، بل الولد فرع لها، والأصل باق، /ليس من ضرورة ملك الجارية أن يكون ولدها مملوكاً[5] (302/ب) لمالكها[6]، بل يحتمل أن يملك زيد الجارية وولدها مملوكاً لعمرو[7] بالوصية وغيرها.

فأما إذا ادعى أن هذا الغزل من قطنه، فمعلوم أن عين القطن يصير غزلاً، ولا يكون الغزل فرعاً للقطن، كما يكون الولد فرعاً للأصل، فإذا ملك القطن، فلا محالة أنه ملك الغزل، فاكتفوا بأن يقولوا: نشهد أن هذا الغزل من قطن فلان.

مسألة (790): إذا اجتمع الداخل والخارج[8] في الدعوى لم نقبل بينة الداخل قبل

---

(1) في /أ، جـ: (يقول) وما أثبت من نص الشافعي.
(2) مختصر المزني /316، وانظر: روضة الطالبين 12/ 90.
(3) (على) ساقط من /أ.
(4) ونصه في المختصر: «ولو شهدوا أن هذا الغزل من قطن فلان جعلته لفلان». أ. هـ. مختصر المزني /316، وانظر: روضة الطالبين 12/ 90.
(5) في /أ: (مملوك).
(6) في /جـ: (لمالك رقبتها).
(7) في /جـ: (ويكون الولد ملك عمرو).
(8) الداخل عبارة عن ذي اليد الذي العين المدعي بها في يده. والخارج عبارة عن المدعي الذي ليست العين المدعاة في يده.
انظر: أدب القضاء 1/ 585، ومغني المحتاج 4/ 480 ـ 481.

قيام بينة الخارج، فإذا أقام الخارج البينة قبلنا بينة الداخل[1].

والفرق بين الحالتين: أن لليد قوة وسلطاناً[2] وبينة صاحب اليد[3] تغنيه عند التفرد والتجرد عن إقامة البينة، فمن المحال سماع البينة في الابتداء واليد باقية على صفتها وقوتها[4].

فأما الحالة الثانية، فليست كذلك؛ لأن الخارجي إذا أقام البينة ظهرت قوته وضعفت يد صاحب اليد، وصار جانبه أضعف من جانب الخارج، والبينات في الشرع إنما تسمع ممن ضعفت جنبته وزالت قوته، ولهذه النكتة قلنا: إن الايمان في القسامة مطلوبة من جانب المدعي ابتداء[5]؛ لأن اللوث أوجب قوة جانبه، واليمين أبداً في جنبة من قويت جنبته[6]، والدعوى والبينة[7] أبداً في جنبة[8] من ضعفت جنبته؛ ولذلك قلنا: إذا أقام شاهداً واحداً حلف مع شاهده على اليمين[9]، فهذه يمين مطلوبة من جهة المدعي؛ لأن جهته بهذا الشاهد العدل صارت أقوى من جنبة المدعى عليه.

---

(1) هذا هو المذهب.
وقال ابن سريج: إنها تقبل.
انظر: أدب القضاء 1/ 595، وروضة الطالبين 12/ 59، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 929.

(2) في / ج: (وسلطان).

(3) في / ج: (وبينة كونه لصاحب اليد).

(4) في / أ: (على صفها ووقتها).

(5) في / أ: (مطلوبة من جانب المدعي ابتداء في سائر الخصومات فتكون اليمين من جانب المدعي ابتداء).
وقد ذكر المؤلف ـ رحمه الله ـ ذلك في كتاب القسامة.
انظر ص: 452.

(6) (من قويت جنبته) ساقط من / أ.

(7) (والبينة) ساقط من / أ.

(8) في / أ: (في جنبته).

(9) انظر: الأم 6/ 256، ومختصر المزني / 306، وروضة الطالبين 11/ 278.

مسألة[1] **(791)**: من كان مدعياً تقبل البينة منه إذا أقامها، واليمين لا تقبل منه[2] إلا في بعض المسائل المخصومة منها: أن يدعي المودع رد الوديعة، فالبينة مسموعة واليمين مقبولة[3].

وكذلك إذا ادعت المعتدة[4] أنها أسقطت وانقضت عدتها فإن أقامت بينة، فالبينة مسموعة، وإن حلفت قضى لها بيمينها[5].

والفرق بين هاتين المسألتين وبين سائر المسائل: أن المودع الذي ادعى رد الوديعة استجمع صفتين[6]: صفة المدعي من حيث ادعى الرد[7]، وصفة المدعى عليه من حيث توجهت عليه دعوى المودع، فلما اجتمعت فيه[8] الصفتان[9] اجتمعت[10] في جانبه البينتان، وكذلك المرأة فإن الزوج يدعي عليها سلطان[11] الرجعة ببقاء العدة، [وهي تدعي فعل الإسقاط، وذلك يتضمن انقضاء العدة][12]، فإن حلفت، فهي مدعى عليها، وإن أقامت البينة، فهي مدعية.

فأما في سائر المسائل، فلا يتصور اجتماع مثل هاتين الصفتين مع الخصم، ولا يتحقق أن يستجمع للخصم الواحد / الوصفان معاً[13]. **(303/أ)**

---

(1) (مسألة) مكانها بياض في / ج.

(2) لقول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» متفق عليه.
انظر: روضة الطالبين 12/ 7، والقواعد للحصني القسم الأخير 2/ 912.
وسبق تخريج الحديث في ص: 452.

(3) انظر: القواعد للحصني القسم الأخير 2/ 929. وروضة الطالبين 12/ 59.

(4) في / أ: (المدعية).

(5) انظر: الأم 5/ 226، والمنثور في القواعد 3/ 391.

(6) في / أ: (استجمع فيه صفتين).

(7) في / أ: (صفة دعوى المودع ادعى الرد).

(8) في / ج: (فلما اجتمعت عليه من حيث توجهت فيه).

(9) في / أ: (الصفات).

(10) في / أ: (اجتمع).

(11) في / ج: (سلطنة).

(12) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.

(13) في / ج: (أن يستجمع لخصم واحد الوصفين معاً).

مسألة (792): إذا أقام الرجل ببينة[1] أن هذه الدار إرث لي من أبي[2] مات وهو يملكها، فأقامت[3] امرأة الميت بينة أن الميت أصدقها إياها، أو باعها منها[4]، [أو وهبها لها وسلمها وهو صحيح قدمنا بينتها على بينته[5].

وإنما][6] قدمنا: لما تضمنت بينتها من إثبات الزيادة في العلم وهو: انتقال الملك بجهة[7] العقد، فأما[8] من شهد على الإرث فإنما[9] يستجيز الشهادة لما تقرر عنده من اليد السابقة المستدامة إلى الموت، والشهادة على الإرث بمثل هذه اليد متابعة[10].

مسألة (793): الحر والعبد سواء إذا تداعيا نسباً وكل واحد منهما يلحقه بنفسه[11] مثل: أن يدعي بنوة المجهول[12].

فأما إذا تداعيا عمومة المجهول [أو أخوته[13]، فدعوة[14] الحر أولى من دعوة العبد[15].

---

(1) في /أ: (إذا قامت الرجل البينة).
(2) في /أ: (لي).
(3) في /ج: (واقامة).
(4) في /أ: (أو باعها إياها).
(5) انظر: مختصر المزني /315، وروضة الطالبين 12/ 76.
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(7) في /أ: (لجهة).
(8) في /ج: (وأما).
(9) في /أ: (فلم).
(10) في /ج: (سابقة).
والمراد بقوله متابعه: أي استتباع أصل سابق.
(11) في /أ: (منه).
(12) هذا تفريع على صحة استلحاق العبد، وهو الأظهر.
انظر: الأم 6/ 246، ومختصر المزني /317، وروضة الطالبين 5/ 437 ـ 438.
(13) في /أ: (أو حرية) والصواب ما أثبت.
(14) الدّعوة: بكسر الدال، ادعاء النسب.
انظر: لسان العرب 14/ 261، والصحاح 6/ 2336.
(15) انظر: نهاية المحتاج 8/ 377، وتحفة المحتاج 10/ 350.

والفرق بينهما: أنهما إذا تداعيا في المجهول][1] البنوة فكل واحد منهما يلحق النسب بنفسه ليس يلحقه بغيره، وما من واحد منهما إلا ويحتمل أن يكون له ولد[2]؛ فلذلك سوينا بينهما.

فأما إذا كانت الدعوة دعوة الأخوة، فأصل النسب في دعوة الأخوة إلحاقه[3] بالأب، وفي العمومة إلحاقه بالجد، ولئن كان المملوك محل قبول قوله على نفسه في الإلحاق، فلا يجوز قبول قوله في إلحاق النسب المجهول بأبيه، أو بجده[4]؛ فلذلك فصلنا بين المسألتين.

مسألة (794): القافة غير مستعملة في [نفي الأنساب[5]، وهي مستعملة][6] في الإلحاق[7].

والفرق بين الحالتين: أن النسب إذا كان ثابتاً، فسبب ثبوته فراش سابق معلوم: إما فراش نكاح وإما فراش[8] ملك يمين، وقد قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[9]، فلا يجوز قطع حكم الفراش وإزالته بمجرد قول القائف من غير أن يكون هناك دعوى مدعي تتضمن الإلحاق. فأما إذا

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(2) في / أ: (ولد له).

(3) في / ج: (الحاق).

(4) في / أ: (المجهول فلذلك بأبيه أو الجدة).

(5) وإنما تنفى الأنساب باللعان.
انظر: روضة الطالبين 8/ 356، 12/ 102، ومغني المحتاج 3/ 380، 4/ 488.

(6) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

(7) انظر: روضة الطالبين 5/ 439، 12/ 102، ومغني المحتاج 4/ 489.

(8) في / ج: (أو فراش).

(9) أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة.
انظر: صحيح البخاري كتاب «الحدود» باب «للعاهر الحجر» حديث (16)، صحيح مسلم كتاب «الرضاع» باب «الولد للفراش، وتوقي الشبهات» حديث (1458).

تداعى[1] رجلان نسباً والاحتمال موجود في الدعوتين، فهذه منزلة القائف؛ لأن القافة لا ترفع بالإلحاق ما استقر من الحكم، وفي الإلحاق مع الالتباس مراعاة حق الولد في النسب[2]، ومراعاة حق الوالد المشكل من الوالدين، ومنزلتهما[3] منزلة البينات[4]، وفيها شبه من الحكم، والبينة إنما تستعمل وتسمع عند الحاجة[5] إليها بالدعوى والخصومة، وكذلك القاضي إنما يتصور منه تنفيذ القضاء عند الخصومة، فلذلك لا يتصور الإصغاء إلى قول القائف مع ثبوت[6] الفراش وعدم الخصم والخصومة.



(1) في /أ: (تداعيا).
(2) في /أ: (حق النسب في الولد).
(3) الضمير يرجع إلى القافة، لأنه يشترط اثنان على أحد القولين، والأصح الاكتفاء بواحد. انظر: روضة الطالبين 12/ 101، ومغني المحتاج 4/ 489.
(4) في /أ: (البنات).
(5) في /أ: (عند الحاقه).
(6) في /ج: (في ثبوت).

كتاب العتق

مسألة (795): العبد إذا كان مشتركاً بين شريكين وقيمته مائة دينار، فقال رجل لأحدهما: أعتق نصيبك عني بقيمة نصيبك، والقائل السائل يملك خمسين، فقال: نصيبي حر / عنك عتق العبد كله على القول المشهور وهو: تعجيل السراية، وغرمه[1] كل واحد من الشريكين خمسة وعشرين[2] ديناراً [حتى ينفذ ما في يده، ثم لكل واحد منهما في ذمته خمسة[3] وعشرون ديناراً[4]][5].

(303/ب)

ولو كانت المسألة بحالها غير أن السائل أشار[6] عند السؤال إلى ما في يده من الدنانير فقال: أعتق نصيبك عني على هذه الدنانير، وقف العتق على ذلك النصيب، ولم يسر إلى نصيب الشريك[7].

والفرق بين الصورتين: أنه إذا سأل على الذمة فأجابه المسؤول لم تتعلق المعاملة بينهما بعين الدنانير، وإنما تتعلق بالذمة، فإذا تعلقت بالذمة بقيت العين مفرغة عن تعلق حق العتق[8]، كما كانت وبقي موسراً بها، ومن أعتق نصف عبد وفي ملكه تمام قيمة النصف عتق النصف الثاني[9]، وهذا الرجل بهذه الصورة.

---

(1) في /أ: (وغرم).
(2) في /أ: (وعشرون).
(3) في /ج: (خمس) والصواب ما أثبت.
(4) أما إذا قلنا: إن السراية لا تحصل بنفس العتق، بل بدفع القيمة فإنه يعتق بقدر ما يؤدى إليه. انظر: روضة الطالبين 12/ 113، والمعاياة. خ. ورقة: 200 ـ ب، والبيان خ. ج 5 ورقة: 8 ـ أ ـ ب.
(5) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(6) (أشار) ساقط من /أ.
(7) انظر: المراجع السابقة.
(8) (عن تعلق حق العتق) ساقط من /أ.
(9) انظر: المهذب 2/ 4، وروضة الطالبين 12/ 110.

ألا ترى أنه لو أراد قبل حجر القاضي عليه أن يدفع الخمسين كلها إلى صاحب النصف الثاني[1] كان له ذلك، كما لو أراد أن يدفعها إلى المسؤول كان له ذلك.

فأما إذا عينها، فقد تعلقت المعاملة بها؛ لأن النقود عندنا تتعين في العقود[2]، كما تتعين العروض[3]، فإذا[4] استحقت بالتعيين بقي[5]، عقيب المعاملة فقيراً لا مال له، والعتق لا يسري على معسر[6] [7].

مسألة (796): أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه وهو موسر، فسرى[8] عتقه، ثم اختلفا فقال من أنشأ العتق: إنه غير صنّاع فقيمته خمسون، وقال شريكه: إنه يحسن صنعة كذا وكذا وقيمته مائة، فقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «القول قول الغارم»[9].

ولو اختلفا في عيب به فقال الغارم: كان به هذا العيب فقيمته أقل، وقال الخصم: ما كان به هذا العيب فقيمته أكثر، فالقول قول المالك المغرم[10].

---

(1) (الثاني) ساقط من /أ.

(2) وعند أبي حنيفة لا تتعين الدراهم والدنانير في العقود كلها.
انظر: المجموع 9/ 332، ومغني المحتاج 2/ 17، والمبسوط 13/ 14 ـ 16، وبدائع الصنائع 5/ 212.

(3) بالاجماع.
انظر: المجموع 9/ 332.

(4) في /ج: (وإذا).

(5) في /أ: (بقيت).

(6) في /أ: (إلى معسر).

(7) أي على شريك معسر.
انظر: روضة الطالبين 12/ 112، ومغني المحتاج 4/ 495.

(8) في /ج: (سرى).

(9) وهذا أصح القولين وهو اختيار المزني.
القول الثاني: إن القول قول الشريك مع يمينه.
انظر: مختصر المزني / 318 ـ 319، وروضة الطالبين 12/ 122، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 278 ـ ب.

(10) انظر: الأم 8/ 14، ومختصر المزني / 319.

والفرق بينهما: أنهما إذا اختلفا في العيب وفي وجوده فالأصل عدمه؛ فلذلك جعلنا القول قول من يدعي عدم العيب.

فأما إذا اختلفا في صنعه فإنهما مختلفان[1] في حدوث زيادة، والأصل عدم تلك الزيادة حتى تقوم البينة على وجودها.

ولهذه النكتة فصل بعض أصحابنا بين أن يختلفا في حدوث العيب وبين أن يختلفا في اقترانه بأصل الخلقة، فإذا قال الغارم: كان أكمه فالقول قوله، وإن قال[2]: قد اعترض عليه العمى قبل توجه الغرامة علي فالقول قول المالك[3]؛ لأنه إذا ادعى الكمه، فليس يعترف بوجود ذلك العضو في أصل الخلقة، وإذا ادعى اعتراض العمى، فقد اعترف بسلامة[4] سابقة في ذلك العضو، وادعى اعتراض العلة التي أذهبته[5] فعليه إقامة البينة بعدما اعترف[6] بسلامة ذلك العضو.

(304/أ) **مسألة (797)**: إذا أعتق الموسر شركاً له في عبد عتق العبد/ [7]، وإذا أعتق بوصيته بعد موته ذلك الشرك[8] لم يسر[9] عتقه وإن كان في[10] ثلثه سعة، ولا فرق

---

(1) في / ج: (يختلفان).
(2) في / أ: (وإن كان).
(3) انظر: روضة الطالبين 12/ 123، وتهذيب الأحكام خ. ج 4 ورقة: 278 ـ ب.
(4) في / أ: (فقد اعرفن سلامه).
(5) في / أ: (أذهبت).
(6) في / أ: (اقامة البينة لما اعترف).
(7) لحديث ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق». رواه البخاري ومسلم.
انظر: الأم 7/ 12، ومختصر المزني / 318، وروضة الطالبين 12/ 112، وصحيح البخاري كتاب «العتق» باب «إذا أعتق عبد بين اثنين أو أمة بين الشركاء» حديث (6)، وصحيح مسلم كتاب «العتق» حديث (1501).
(8) (ذلك الشرك) ساقط من / ج.
(9) في / أ: (الشرك بوصيته لم يسر).
(10) (في) ساقط من / أ.

بين أن يكون قد أوصى بعتق مماليك وبين أن لا[1] يكون في وصيته عتق[2].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا كان حياً، فهو موسر بملكه حين أنشأ عتق نصيبه فيسري عتقه إلى النصيب الثاني، فيصير[3] في التقدير كأنه ملك جميعه فأعتقه.

[فأما إذا أوصى بعتق نصيب له في مملوكه ومات فقد زال ملكه بموته إلى ورثته، فلا ينصرف إلى حق عتقه إلا ما استبقاه بصريح وصيته][4]، فإذا أوصى باعتاق النصف واستتمام[5] العتق في النصف الثاني بالسراية سرينا وأعتقنا جميعه وكان ذلك بأمره.

فأما إذا لم يوص باستتمام العتق واقتصر[6] على الإيصاء بإعتاق النصيب، فليس لنا تسرية العتق في ملك الورثة بعد موته بغير توصية سبقت منه.

مسألة (798): إذا أعتق في مرض موته ونجز فاكتسب المعتق كسباً، وثلثه لا يحتمل جميع رقبته بعضناها بالدور، ثم ما خص العتيق منه[7] من الكسب، فهو غير محسوب [عليه في الثلث، وما خص الرقيق منه[8] من الكسب،

---

(1) (لا) ساقط من /أ.

(2) انظر: روضة الطالبين 115/12، والبيان خ. ج 5. ورقة: 11 ـ ب، وتهذيب الأحكام.خ. ج 14 ورقة: 279 ـ أ.

(3) في /ج: (ويصير).

(4) ما بين الحاصرتين مكرر في /أ مع اختلاف في أول العبارة فقد جاءت بلفظ: (فإذا أوصى بعتق نصيب في... الخ).

(5) في /أ: (واستمام).

(6) في /أ: (فاقتصر).

(7) أي من العبد.

(8) أي من العبد.

فهو محسوب][1] على الورثة في الثلثين[2].

والفرق: أن المقدار الذي خص العتق منه من الكسب، فهو كسب حر كسبه في أيام حريته؛ لأن العتق عتق تنجيز، وكل كسب حصل في أيام الحرية، فذلك الكسب لا يدخل في جملة الميراث.

فأما ما خص الرقيق منه، فذلك كسب مملوك؛ لأن ذلك النصيب بقي مملوكاً للورثة، وكسب المملوك لا محالة مملوك، فحسبناه[3] على الورثة في الثلثين.

مسألة (799): إذا قال: أعتقوا بعد موتي فلاناً فإذا مضى شهر فأعتقوا فلاناً لم يتقدم أحدهما على الثاني في اعتبار الثلث[4].

ولو قال في مرض موته: سالم حر وغانم حر كان عتق سالم مقدماً على غانم[5].

والفرق بينهما: أنه إذا أوصى بعتقهما بعد موته فكل واحد منهما يستحق حقه حين يستحقه الآخر وإن[6] أوجبهما على الترتيب، وساعة استحقاقهما ساعة الموت، وهي الساعة التي يتحقق فيها ثبوت الوصايا ولزومها واستحقاقها[7].

فأما إذا قال: سالم حر وغانم حر، فقد أوجب الحق بالتنجيز لأحدهما قبل إيجابه للثاني؛ لأن العتق وقع عقيب اللفظ بشرط خروجه من الثلث[8].

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / أ.

(2) وبيان ذلك أن الكسب يتقسط على ما فيه من الحرية والرق، فما قابل ما كان فيه من الحرية كان للعبد بغير وصية، وما قابل ما فيه من الرق، فهو للسيد، فتزداد تركته بذلك، فإذا ازدادت التركة ازداد العتق، وإذا ازداد العتق ازداد استحقاق العبد من الكسب، وهكذا تدور زيادته على نقصه، ونقصه على زيادته.
انظر: روضة الطالبين 6/ 288 ـ 289، والبيان. خ. ج 5 ورقة: 22 ـ ب.

(3) في / ج: (حسبناه).

(4) انظر: روضة الطالبين 6/ 135، 12/ 139، ومغني المحتاج 3/ 48.

(5) انظر: الأم 8/ 11، ومختصر المزني / 321، وروضة الطالبين 12/ 139.

(6) في / أ: (فإن).

(7) (واستحقاقها) ساقط من / أ.

(8) أما إذا زاد العتق، عن الثلث فلا يقع بعد اللفظ، وإنما يقع بعد اجازة الورثة.
انظر: روضة الطالبين 6/ 135، ومغني المحتاج 3/ 48.

ألا ترى أنا إذا أعتقنا سالماً أعطيناه ما اكتسب غير محسوب في التركة[1].

وإذا/ تقرر ذلك في العتق فكذلك المحاباة[2]، ولا فرق في المحاباة بين أن (304/ب) تكون مقبوضة وبين أن لا تكون مقبوضة[3]، فهي مقدمة العتق[4] إذا تقدم عقدها ووجودها[5]، وإن تقدم العتق على البيع والمحاباة كان العتق[6] مقدماً عليها[7]، كما تقدم على العتق[8]، والمحاباة بعد المحاباة كالعتق بعد العتق[9]، والهبات المسلمة في مرض الموت كالعتق[10]، والمحاباة يشترط فيها الترتيب، وجميع ذلك في التوصية إذا أوصى بفعلها بعد الموت سواء في الترتيب لا يتقدم بعضها على بعض[11].

والحد الفاصل الجامع: أن كل ما كان للموصي أن يرجع فيه من ترتيب وغيره[12]، فهي مجموعة بعد الموت في الثلث لا ترتيب فيها، وكل ما لم يكن له أن

---

(1) في /أ: (من التركة).
وانظر: البيان. خ. ج 5. ورقة: 22 ـ ب، ومغني المحتاج 4/ 505.

(2) فإذا باع المريض بمحاباة نفذ البيع بشرط خروجه من الثلث.
انظر: روضة الطالبين 6/ 131، والمهذب 1/ 453.

(3) كأن باع بثمن مؤجل، ولم يحل حتى مات، فيعتبر من الثلث.
انظر: روضة الطالبين 6/ 132.

(4) في /أ: (وإذا).

(5) انظر: روضة الطالبين 6/ 135، والوجيز 1/ 273.

(6) في /أ: (على العتق).

(7) في /أ: (عليه).

(8) في /ج: (كما تقدم العتق عليه العتق).
وانظر المرجعين السابقين.

(9) في أنه يقدم المتقدم منها.

(10) في أنه يقدم المتقدم منها.
انظر: روضة الطالبين 6/ 135، والوجيز 1/ 273.

(11) فلا يقدم عتق على عتق، ولا تبرع على غيره وإن تقدم بعضها على بعض في الإيصاء؛ لأن ما تقدم وما تأخر يلزم في وقت واحد، وهو بعد الموت.
انظر: روضة الطالبين 6/ 135، والمهذب 1/ 454.

(12) في /ج: (في غيره).

يرجع فيه ـ وهي الهبات[1] المسلمة وتنجيزاته وما أبرم من عقود[2] محاباته ـ فترتيبه معتبر[3] فيها، يقدم ما قدم منها ويؤخر ما أخر.

مسألة (800): إذا أعتق عبدين لا مال له[4] غيرهما، فمات أحدهما، ثم مات السيد حكمنا بعتق الميت إن خرجت له قرعة الحرية ولم يزد على الثلث[5].

ولو لم يملك إلا عبداً واحداً، فأعتقه، ومات العبد، ثم مات السيد لم يحكم بعتق شيء منه[6].

والفرق بين المسألتين: أن أحد العبدين إذا مات وبقي الثاني، فالثاني مال بقي[7] في يد الورثة، وهو قدر الثلثين[8]، وإذا بقي للورثة ديناران[9]، فغير مستنكر[10] أن يعتق ديناراً ويكون عتقه من يوم أعتقه، لا من يوم الإقراع.

فأما إذا لم يملك سوى[11] عبد واحد[12]، ومات العبد قبل موت السيد، ثم مات السيد، فمعقول أن الورثة ما استحقوا بموته شيئاً[13] من التركة، وزمان

---

(1) في /أ: (وهي هاته).
(2) في /ج: (في عقود).
(3) في /أ: (وترتيبه ومعسر).
(4) (له) ساقط من /أ.
(5) انظر: روضة الطالبين 12/ 137، ومغني المحتاج 4/ 503.
(6) على أحد الأوجه. وهو أصحها عند الصيدلاني.
الوجه الثاني: يكون كله حر.
الوجه الثالث: يكون ثلثه حر، وباقيه رقيق.
انظر: روضة الطالبين 6/ 291، 12/ 136، والوجيز 2/ 276، ومغني المحتاج 4/ 502.
(7) في /أ: (ما بقي).
(8) في /أ: (الثلث).
(9) عبر المؤلف ـ رحمه الله ـ بالدنانير عن العبد اشارة إلى أن النقود قيم الأشياء.
(10) في /أ: (مستكثر).
(11) في /أ: (سوا).
(12) في /ج: (العبد الواحد).
(13) في /أ: (شيء).

الاستحقاق زمان الموت، وإذا لم يستحق من التركة شيئاً هو[1] يستحق ميراثه استحال أن يحكم بعتق شيء.

ألا ترى أن الرجل إذا مات وله مال غائب ومدبر حاضر لم يجز لنا أن نحكم بعتق رقبة المدبر في المال[2] الغائب مخافة أن لا يسلم ولا يصل[3] المال الغائب[4] إلى الورثة، ولكن[5] يحكم في الحال بعتق الثلث، [ثم ننتظر وصول المال الغائب، فلا يزال يزيد في العتق بمقدار حتى يستوفي الثلث[6]][7]، وكذلك حكم المحاباة[8].

وإذا اجتمع العين والدين، فكذلك لا يجوز أن تجعل الوصية عيناً والعتق ديناً[9].

وللحكم[10] بعتق الميت في القبر فوائد أظهرها: جر ولاء أولاده إلى معتقه

(1) في /أ: (من هو).
(2) في /أ: (رقبته في المال).
(3) في /أ: (وصول).
(4) (المال الغائب) ساقط من /أ.
(5) في /أ: (لكن) بسقوط الواو قبلها.
(6) على أحد الوجهين.
الوجه الثاني ـ وهو الأصح ـ: أنه لا يعتق ثلثه حتى يصل المال إلى الورثة؛ لأن في تنجيز العتق تنفيذ التبرع قبل تسليط الورثة على الثلثين.
انظر: روضة الطالبين 12/ 199، ومغني المحتاج 4/ 515.
(7) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(8) فالبيع بالمحاباة ينفذ حتى يصل إلى الثلث، فإذا تم الثلث وقف الزائد على اجازة الورثة.
انظر: روضة الطالبين 6/ 135.
(9) فيما لو أوصى بثلث ماله وبعضه عين وبعضه دين.
وقيل: يدفع إلى الموصى له ثلث العين، وما حصل بعده قسم.
انظر: روضة الطالبين 12/ 200.
(10) في /ج: (والحكم بحكم) ثم صححت في الحاشية اليمنى بلفظ: (والحكم بعتق).

إذا[1] كان أولاده من معتقه[2].

مسألة (801): إذا أقر الرجل بعتق عبد من عبيده، لا بعينه، فمات قام وارثه مقامه في التعيين[3] قولاً واحداً[4].

وإن أنشأ [العتق في عبد من عبيده، لا بعينه][5]، فقال: أحدكم حر، ثم مات/ قبل البيان، ففي الوارث قولان: (305/أ)

أحدهما: أن له ولاية التعيين.

والثاني: أنه لا يقوم في التعيين مقامه[6].

والفرق بين الحالتين: أن اللفظ إذا كان إقراراً كان إخباراً عن عتق سابق، فيحتمل أن يكون ذلك الرجل قد أخبر الوارث أو غير الوارث، فاطلع الوارث على تفسير إقراره المجمل؛ فلذلك[7] رجعنا إليه في البيان.

فأما إذا كان أنشأ ومات قبل البيان، فإنا نحتاج إلى إيقاع العتق، والإيقاع بالإقراع إذا فات[8] من جهته البيان، حتى قال بعض أصحابنا: إن أنشأ واقترن باللفظ تعيينه بالقلب جاز[9] أن يرجع إلى الوارث قولاً واحداً؛ لأنه ربما أخبره

---

(1) في /أ: (وإذا).

(2) الفائدة الثانية: لو وهب في المرض عبداً لا يملك غيره، وأقبضه، ومات العبد قبل السيد، فإن قلنا: يموت حراً مات هنا على ملك الموهوب له فتلزمه مؤونة تجهيزه.
انظر: روضة الطالبين 12/ 136، ومغني المحتاج 4/ 502.

(3) في /ج: (في التعيين مقامه).

(4) انظر: المنثور في القواعد 3/ 324، وروضة الطالبين 4/ 413، ومغني المحتاج 2/ 258.
وراجع ما ذكرته من ضابط الحقوق التي تورث والتي لا تورث في ص: 596.

(5) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.

(6) والمذهب القول الأول.
انظر: روضة الطالبين 12/ 152 ـ 153، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4 ورقة: 286 ـ ب، والبيان.خ. ج 5 ورقة: 13 ـ ب.

(7) (فلذلك) ساقط من /أ.

(8) في /أ: (فإذا فات).

(9) في /ج: (لجاز).

قبل موته بمن عينه بالقلب عند لفظه، أو أخبر[1] غيره، فاتصل الخبر به؛ فلذلك افترقت الحالتان.

مسألة (802): إذا اشترى رجل بعض من يعتق عليه، أو وهب له فاتهب، أو أوصى له فقبل، أو عرض عليه في[2] نصيبه من المغنم[3]، فقبل، سرى العتق إلى النصيب الثاني إذا كان موسراً[4].

ولو مات ابن[5] عمه وفي تركته سلعة اشتراها[6] ببعض من يعتق على الورثة[7] دونه، فطالعها الوارث فاطلع على عيب فردها ارتد إلى ملكه[8] بعض من يعتق عليه، ولم يسر العتق إلى النصف الثاني على أحد الوجهين[9]، وكذلك السيد إذا عجز مكاتبه وفي ملك المكاتب بعض[10] من يعتق عليه[11].

والفرق بين المسألة الأولى وبين المسألتين: أنه إذا اشترى فقد قصد اجتلاب

(1) في / ج: (وأخبره).
(2) (في) ساقط من / أ.
(3) في / أ: (في المغنم).
(4) انظر: الأم 8/ 14، ومختصر المزني / 321، وروضة الطالبين 12/ 117.
(5) في / ج: (بن) بدون الألف قبلها.
(6) أي ابن العم.
(7) في / ج: (من يعتق عليه وارثه).
(8) أي ملك الوارث.
(9) وهوأصحهما.
الوجه الثاني: أنه يسري العتق إلى النصف الثاني.
انظر: روضة الطالبين 12/ 135، والبيان خ. ج 5. ورقة: 19 ـ أ، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 289 ـ ب.
(10) (بعض) ساقط من / أ.
(11) فإذا اشترى المكاتب بعض من يعتق على السيد، ثم عجز المكاتب ففسخت الكتابة صار ذلك الشقص ملكاً للسيد وعتق عليه، وفي سريان العتق الوجهان.
انظر: تهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 289 ـ أ ـ ب، وكفاية النبيه.خ. ج 8. ورقة: 197 ـ ب.

الملك[1] بعينه فيمن يعتق عليه، والاجتلاب قصد للعتق[2] فصار كانشاء الإعتاق.

فأما في المسألتين الأخيرتين فما قصد اجتلاب[3] الملك فيمن يعتق عليه، وإنما قصد مقصوداً آخر، فترتب العتق على ذلك[4] المقصود: أما في مسألة[5] العيب، فقد قصد الخلاص من ضرر العيب[6]، وأما[7] في الكتابة، فقد قصد التعجيز لما تعذر عليه حقه من ثمنه[8]، فترتيب العتق عليه[9] في الدرجة الثانية على ما كان له من المقصود؛ فلذلك فصلنا بين المسألتين.

مسألة (803): إذا اشترى رجل في مرض موته أباه أو ابنه وعليه ديون تعم التركة لم يصح الشراء[10] عند بعض أصحابنا، وصح عند بعضهم[11].

ولو عرض عليه[12] أبوه أو ابنه في وصية أو هبة، فاختار القبول صح قبوله[13].

فمن قال: بإبطال الشراء فصل بينهما بأن قال: لا بد له من صرف طائفة من

---

(1) (الملك) ساقط من / ج.
(2) في / أ: (العتق).
(3) في / ج: (استحداث).
(4) في / ج: (فترتب العتق عليه وذلك).
(5) (مسألة) ساقط من / أ.
(6) في / ج: (الخلاص عن العيب).
(7) في / ج: (فأما).
(8) في / أ: (من جهته).
(9) (عليه) ساقط من / أ.
(10) في / ج: (إذا كان عليه ديون تغمر التركة فاشترى في مرض موته أباه أو ابنه لم يصح الشرى).
(11) وهو الأصح. وحكي هذان الوجهان عن ابن سريج.
انظر: روضة الطالبين 6/ 204، 12/ 283، ومغني المحتاج 4/ 501، وكفاية النبيه. خ. ج 8. ورقة: 196 ـ ب.
(12) (عليه) ساقط من / ج.
(13) انظر: روضة الطالبين 6/ 146، والبيان خ. ج 5. ورقة: 18 ـ أ ـ ب.

المال إلى مقابله[1] في الشراء، وإذا اشتراه، فملكه لزمنا[2] أن نحكم بعتقه، فيكون في ذلك فوات طائفة/ من المال، والغرماء يتضررون بذلك، والمسألة موضوعة في (305/ب) المديون وديونه تستغرق جميع ماله.

فأما إذا قبل الهبة، فعتق، فليس في ذلك تفويت مال؛ لأنه لم يبذل في مقابلته مالاً.

ومن[3] قال بصحة الشراء: حكم بأنه لا يعتق؛ [لأن العتق إضرار[4] بأهل الديون.

ومن نوادر المذهب أن يملك الحر من يعتق][5] عليه، ثم لا يعتق[6]، ولكن ليس بمستنكر، فإنه لو نجز العتق لم ينفذ عتقه، وهو من أهل العتق، والعتق المستفاد في الأب بالملك، [كالعتق الحاصل في الرقبة الأجنبية][7] بالإعتاق، فإذا تلفظ بالإعتاق[8] ولم يحصل به العتق جاز أن يملك أباه ولا يحصل فيه العتق.

ونظير هذا ما قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في السراية، وذلك أن الرجل إذا ملك بعض من يعتق عليه فلا بد من تسرية العتق على الموسر[9]، ثم مع هذا لو أوصى لصبي ببعض من يعتق عليه، فقبل القيم الوصية، فقد قال الشافعي ـ رحمه الله في أحد القولين ـ: «دخل ذلك الشقص في ملك الصبي الموسر ولا يسري عليه ا لعتق في الباقي»[10].

---

(1) في / ج: (مقابلته).
(2) في / ج: (زمناً).
(3) في / أ: (فمن).
(4) في / أ: (اضراراً) والصواب ما أثبت.
(5) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(6) في / ج: (ولا يعتق عليه).
(7) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(8) في / ج: (الاعتاق).
(9) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ومن ملك ممن يعتق عليه شقصاً بهبة، أو شراء، أو أي وجه ما ملكه من وجوه الملك سوى الميراث عتق عليه الشقص الذي ملكه وقوم عليه ما بقي منه إن كان موسراً وعتق عليه» أ. هـ. الأم 8/ 14، وانظر: مختصر المزني / 321.
(10) انظر: مختصر المزني / 321.

فكذلك يجوز أن يدخل في ملك الرجل أبوه أو ابنه ولا يحكم بعتقه عليه.

وفي مسألة الصبي قول آخر: أن القيم لو قبل لم يصح قبوله[1]، فعلى هذا القول لا يصح شراء المريض المديون في مرض موته[2]؛ لأن القياس أن يعتق عليه لو صح الشراء، ولو أعتقناه عليه أدى ذلك[3] إلى الإجحاف بالغرماء.



(1) وهو الأظهر.
انظر: الأم 8/ 15، ومختصر المزني / 321، وروضة الطالبين 12/ 133.

(2) في / ج: (الموت).

(3) (ذلك) ساقط من / ج.

كتاب الولاء[1]

مسألة (804): المملوكة إذا كانت تحت مملوك، فحبلت منه فأعتقها سيدها وهي حبلى، ثم عتق زوجها[2] المملوك، فولاء هذا الولد لمالكها لا ينجر إلى مالكه[3]. وإذا ولدت له[4] بعد ذلك أولاداً، فولاؤهم[5] لمالك زوجها[6] المملوك[7]. وكذلك كل معتقة[8] من مملوك[9].

والفرق بين الولدين: أن الولد الذي كان في البطن عند إعتاق الأم ثبت الولاء عليه مباشرة؛ لأن العتق وإن لاقى الأم، فهو في الولد، كالعتق في الأم.

ألا ترى أن الولد كان[10] رقيقاً في أصل الخلقة، وكل نسمة مسها الرق، ثم عتقت، فولاؤها لا ينجر.

فأما الولد الثاني والثالث فإنه خلق يوم خلق حراً لم يثبت عليه لأحد رق،

(1) (كتاب الولاء) ساقط من / أ.
(2) (زوجها) ساقط من / ج.
(3) انظر: روضة الطالبين 12/ 173، والمهذب 2/ 22، وتهذيب الأحكام. خ. ج 4. ورقة: 291 ـ ب.
(4) (له) ساقط من / أ.
(5) في / ج: (فولاهم).
(6) (زوجها) ساقط من / ج.
(7) في / ج: (المملوكة).
وانظر: روضة الطالبين 12/ 173، والبيان. خ. ج 5 ورقة: 111 ـ ب، 112 ـ أ، وتهذيب الأحكام. خ. ج 4. ورقة: 291 ـ ب.
(8) في / ج: (وكذلك ولد كل معتقه).
(9) فيثبت الولاء على العتيق وعتيق عتيقه.
انظر: روضة الطالبين 12/ 170.
(10) في / ج: (إذا كان).

وكيف يمسه الرق والأم قد[1] عتقت قبل علوقها به، فيكون ولاء هؤلاء الأولاد لموالي الأم ما دام الأب مملوكاً، وإذا أعتق الأب أنجر ولاءهم إلى موالي الأب[2]، فصار لهم بعدما كان لموالي الأم.

مسألة (805): الولاء إذا ثبت لموالي الأم على أولاد المعتقة من مملوك، ثم عتق المملوك/ أنجر الولاء إلى مولاه[3]. (306/أ)

ولو عتق أب[4] المملوك لم ينجر الولاء عند بعض[5] أصحابنا[6]، وإن كان الجد ينزل منزلة الأب في التزويج إذا كان الأب مملوكاً، وفي الميراث وغيره[7]. وإنما[8] لم[9] ينزل منزلة الأب في هذه المسألة؛ لأن الولاء متى ما انتقل[10] من

---

(1) (قد) ساقط من /أ.

(2) معنى انجرار الولاء: أن ينقطع من وقت عتق الأب عن موالي الأم، فإذا انجر إلى موالي الأب فلم يبق منهم أحد لم يرجع إلى موالي الأم، بل يكون الميراث لبيت المال.
انظر: مغني المحتاج 4/ 508، وروضة الطالبين 12/ 173.

(3) هذه صورة المسألة الثانية في المسألة السابق.

(4) في /أ: (ولو أعتق الأب).

(5) في /ج: (لم ينجر إلا عند بعض).

(6) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، وأبي علي الطبري، وهذا أحد الوجهين.
الوجه الثاني ـ وهو الأصح ـ: أنه ينجر إلى موالي الجد؛ لأنه ينسب إلى الجد كما ينسب إلى الأب، فجر ولاءه كالأب.
وهذا اختيار القاضي أبي حامد، وأبي الطيب الطبري.
انظر: روضة الطالبين 12/ 172، ومغني المحتاج 4/ 508، والبيان. خ. ج 5. ورقة: 111 ـ أ.

(7) كولاية المال ووجوب النفقة.
وانظر قاعدة: استواء الأب، والجد في الأحكام وما يستثنى منها في: القواعد للحصني القسم الأخير 2/ 566، والأشباه والنظائر للسيوطي / 265 ـ 266، والمواكب العلية / 100 ـ 101.

(8) في /ج: (إنما بدون الواو قبلها).

(9) (لم) ساقط من /ج.

(10) في /أ: (متى انتقل).

موالي الأم إلى موالي الأب، فموضوعه ومقتضاه الاستقرار، ولا يمكننا الحكم بالاستقرار والأب مملوك(لأنه إذا أعتق[1] استحال أن لا ينجر الولاء من موالي الجد إلى موالي الأب؛ فلذلك حكمنا في الأصل بأنه بقي في موالي الأم إلى أن يتفق عتق الأب، فحينئذٍ ينجر إلى موالي[2] الأب[3] [4].



(1) أي الأب.
(2) (موالي) ساقط من / أ.
(3) (الأب) ساقط من / ج.
(4) لأن الجد إنما جره لكون الأب كان رقيقاً فإذا عتق كان أولى بالجر؛ لأنه أقوى من الجد في النسب.
انظر: مغني المحتاج 4/ 508، وروضة الطالبين 12/ 172.

كتاب التدبير

مسألة (806): إذا قال الرجل لمملوكه: إن شئت فأنت حر متى مت، فشاء في المجلس صار مدبراً؛ لوجود الصفة[1].

ولو قال: إذا مت فأنت حر إن شئت، أو أنت حر إذا مت إن شئت[2] فقال: شئت لم يصر مدبراً ولم يعتق بموت السيد[3].

الفرق بين اللفظين: أنه إذا قال: إن شئت فأنت حر متى مت، فمقتضى هذا اللفظ استعجال المشيئة في زمان الجواب على عادة المحاورة، فإذا حصلت المشيئة في المجلس بقي العتق معلقاً بالموت وحده، وهذه حقيقة التدبير، ولا يضر أن يتقدم وصف.

ألا ترى أن الرجل إذا قال لمملوكه: إن دخل فلان هذه[4] الدار فأنت حر إذا مت، فالدخول صفة متقدمة، ولا بد من وجودها، ولكن إذا وجد الدخول، تم التدبير؛ ـ لأن العتق عقيب الدخول ـ يصير معلقاً بالموت وحده[5]، وليس كالمسألة الأخرى وهي: إذا قال: إذا مت فأنت حر إن شئت؛ لأن هذا الكلام كلام محتمل، فيحتمل أنه أراد مشيئة في المجلس، ويحتمل أنه أراد مشيئة بعد الموت، والتدبير شرطه أن لا يتردد العتق بين الاحتمالين والوصفين. ثم إن أراد هذا المملوك حصول الحرية، فسبيله وحيلته جمع المشيئتين: مشيئة في المجلس ومشيئة بعد الموت، فإذا فعلهما، وثلثه يحتمله[6] حكمنا بحريته.

(1) انظر: الأم 8/ 17، ومختصر المزني / 322، وروضة الطالبين 12/ 189.
(2) في / ج: (أو أنت مدبر إن شئت).
(3) في / ج: (سيده).
وانظر: روضة الطالبين 12/ 189، ومغني المحتاج 4/ 510، والبيان خ. ج 5. ورقة: 36 ـ أ ـ ب.
(4) (هذه) ساقط من / أ.
(5) انظر: مختصر المزني / 322، وروضة الطالبين 12/ 187.
(6) في / ج: (يحتمل).

مسألة (807): إذا دبر الرجل جاريته[1] تدبيراً صحيحاً، فقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: إن التدبير كالوصية، وجعله في القول الثاني: أنه كالتعليق[2].

فإذا[3] جعلناه كالوصية، فكل معنى كان في الوصية رجوعاً كان في التدبير رجوعاً[4] إلا في مسألة واحدة وهي: الاستيلاد، فإنه رجوع عن الوصية[5] وليس برجوع[6] عن التدبير[7].

والفرق بينهما: / أن مقتضى الوصية تسليم الموصي به[8] عقيب الموت، وذلك **(306/ب)** يمنع تسليم الوصية؛ فلهذا جعلنا الاستيلاد رجوعاً عن الوصية وجعلنا[9] الوطء مع ترك العزل[10] رجوعاً عن الوصية[11]؛ لأن كل ما لو تم[12] منتهاه كان

---

(1) في /أ: (مملوكة).

(2) أي كالعتق المعلق على صفة.
وهذا القول هو الأظهر عند الأكثرين.
انظر: الأم 8/ 18، ومختصر المزني / 322، وروضة الطالبين 12/ 194، والبيان. خ. ج 5 ورقة: 41 ـ أ.

(3) في /أ: (وإذا).

(4) فيجوز الرجوع عن التدبير باللفظ مثلاً، كما يجوز الرجوع في الوصية باللفظ.
أما إذا قلنا: إنه تعليق عتق بصفة، فلا يصح الرجوع فيه إلا بتصرف يزيل الملك كالبيع وغيره.
انظر: الأم 8/ 18، ومختصر المزني / 322، وروضة الطالبين 12/ 194 ـ 195.

(5) انظر: روضة الطالبين 6/ 305، والوجيز 1/ 281، والمنثور في القواعد 3/ 333.

(6) في /أ: (رجوع).

(7) انظر: القواعد للحصني القسم الأخير 1/ 447، والمنثور في القواعد 3/ 333، وروضة الطالبين 12/ 196.

(8) في /أ: (له).

(9) في /أ: (رجوعاً عن الوصية لأن كل ما لو تم منتهاه كان رجوعاً عن الوصية وجعلنا).

(10) في /أ: (العزم).

(11) على أحد الوجهين.
الوجه الثاني ـ وهو الصحيح ـ وقول الأكثرين: أنه ليس برجوع.
انظر: روضة الطالبين 6/ 310، والمنثور في القواعد 3/ 333.

(12) في /ج: (كل من لو تم).

رجوعاً، فمبتداه أيضاً رجوع[1].

ألا ترى أن العرض على البيع رجوع[2]، كما أن البيع رجوع[3].

وأما التدبير، فمقتضاه العتق بعد الموت، ومقتضى الاستيلاد كذلك[4]، بل زاد الاستيلاد تأكيداً؛ لأن عتق الاستيلاد لازم لا سبيل إلى إبطاله [إن أراد إبطاله، وعتق التدبير غير لازم؛ ولهذا نجد السبيل إلى إبطاله[5]][6].

مسألة (808): المدبرة المستولدة بعد التدبير[7] تعتق بحكم الاستيلاد، لا على حكم التدبير[8] وإن لم يبطل التدبير، وفائدة ذلك أنها تستتبع أولادها قولاً واحداً[9].

والمدبرة التي تمخض تدبيرها لا تستتبع أولادها[10] على أحد القولين[11].

والمستولدة المكاتبة إذا مات سيدها عتقت على حكم الكتابة، لا على حكم

(1) في /أ: (رجوعاً).
(2) انظر: الوجيز 1/ 281، ومغني المحتاج 3/ 71.
(3) انظر المرجعين السابقين.
(4) فتعتق أم الولد بموت السيد.
انظر: روضة الطالبين 12/ 310، ومغني المحتاج 4/ 538.
(5) بالرجوع.
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(7) في /ج: (المستولدة واستيلادها بعد المدبير).
(8) انظر: روضة الطالبين 12/ 196، ومغني المحتاج 4/ 513.
(9) لأنها أصبحت أم ولد، وولد المستولدة يتبعها قولاً واحداً.
انظر: القواعد للحصني القسم الأخير 2/ 556، والمنثور في القواعد 3/ 356.
(10) في /ج: (الأولا).
(11) وهو الأظهر عند الأكثرين.
القول الثاني: إنها تستتبع أولادها.
انظر: روضة الطالبين 12/ 203، والمنثور في القواعد 3/ 355، ومغني المحتاج 4/ 513.

الاستيلاد[1]، وفائدة عتقها على حكم الكتابة أن تستتبع أكسابها، وأم الولد لا تستتبع أكسابها[2] إذا عتقت بحال[3].

والفرق بين المسألتين: أن الكتابة من جانب السيد عقد من العقود اللازمة[4]؛ ولهذا لو أراد الرجوع والاعتراض[5] على الكتابة بالفسخ من غير عجز تحقق من المكاتب لم نجد سبيلاً إلى الفسخ[6]، وإذا مات السيد قام ولده مكانه[7]، فموته لا يتضمن فسخ الكتابة[8]، ويستحيل أيضاً أن يتأخر عتقها عن موته وهي مستولدة، ويستحيل أيضاً أن يعتق مكاتبه قبل براءة الذمة عن مال الكتابة، فصار موته سبب[9] براءة ذمتها[10]، وبقاء عقد الكتابة أوجب نسبة العتق إلى الكتابة وإن حصل بالموت.

وعلى هذا قلنا: إنه إذا قال لمكاتبه: إذا دخلت الدار فأنت حر، فدخلها عتق بالكتابة[11]، وسبب العتق الدخول؛ لأن الدخول لا يقتضي فسخ الكتابة، ويقتضي العتق ضرورة، ومن ضرورة عتق المكاتب تقدم البراءة[12]، وإذا عتق

---

(1) على أصح الوجهين.
الوجه الثاني: أنها تعتق على الاستيلاد.
انظر: روضة الطالبين 12/ 291، ومغني المحتاج 4/ 523، ونهاية المحتاج 8/ 412.

(2) انظر: روضة الطالبين 12/ 291، ومغني المحتاج 4/ 523.

(3) انظر: روضة الطالبين 12/ 311، 313، والبيان.خ. ج 5 ورقة: 101 ـ ب.

(4) ومن جهة العبد من العقود الجائزة.
انظر: المنثور في القواعد 2/ 398، ومغني المحتاج 4/ 528، ونهاية المحتاج 8/ 416.

(5) في /أ: (الاعتراض) بسقوط الواو قبلها.

(6) انظر: مغني المحتاج 4/ 528، ونهاية المحتاج 8/ 416.

(7) في /ج: (مكاتبه).

(8) انظر: مغني المحتاج 4/ 530، ونهاية المحتاج 8/ 418 .

(9) في /ج: (بسببه).

(10) في /ج: (ذمته).

(11) انظر: مغني المحتاج 4/ 527، ونهاية المحتاج 8/ 416، والمنثور في القواعد 1/ 85.

(12) وهنا تضمن التعليق الإبراء عن النجوم.
انظر: المراجع السابقة.

بتقدم البراءة[1] عتق على الكتابة.

وأما عقد التدبير، فليس بعقد لازم؛ ولهذا لو أراد السيد إبطاله كان له إبطاله على القولين جميعاً، بالقول على أحد القولين[2] [3]، وفي القول الثاني[4]: بإزالة الملك[5]؛ ولهذا إذا[6] استولدها، فعتقت بالموت كان جانب الاستيلاد أقوى وأغلب من جانب التدبير وإن كان التدبير غير باطل، والمسألة محتملة[7]. والله أعلم.



(1) في /ج: ذكرها بهذا اللفظ ثم كررها بلفظ: (والبراءة).

(2) في /أ: (على القولين بالقول).

(3) وهو القول بأن التدبير وصية.
انظر: روضة الطالبين 12/ 195، ومغني المحتاج 4/ 512.

(4) وهو القول بأن التدبير عتق معلق بصفة.

(5) انظر: مغني المحتاج 4/ 512، ونهاية المحتاج 8/ 401.

(6) في /ج: (لو).

(7) أي محتملة للقول ببطلان التدبير ارتفاعة بالأقوى.
قال النووي: فالصحيح الذي قطع به الجمهور بطلان التدبير.
انظر: روضة الطالبين 12/ 196، ومغني المحتاج 4/ 513.

كتاب الكتابة

مسألة (809): / إذا قال: كاتبتك[1] على دينار آخر هذا[2] الشهر وخدمة شهر[3] (307/أ) فالكتابة باطلة[4].

وإن قال: كاتبتك على خدمة شهر ودينار بعد شهر[5]، فالكتابة صحيحة[6].

والفرق بين المسألتين: أنه إذا قال: كاتبتك على دينار بعد شهر وخدمة شهر بعد الدينار، فقد جعل الخدمة مضمونة في الذمة، وقد يتعذر تسليمها بالعوائق المانعة[7]، ولا يخفى من أصل الشافعي أن الإجارة لا ترد على منافع شهر منفصل عن وقت العقد[8] بزمان ولو بلحظة واحدة[9]. بخلاف ما إذا قال: كاتبتك على خدمه شهر ودينار بعد الشهر، فالخدمة تصير حالة عليه عقيب العقد، ولا ينفصل عقد المنافع عن لفظ العقد؛ فلهذا صحت هذه الكتابة.

فإن قيل: خدمة هذا الشهر تتصل بمحل الدينار؛ لأن محل الدينار عقيب

---

(1) في /أ: (كاتبك).
(2) (هذا) ساقط من /أ.
(3) في /ج: (الشهر).
(4) انظر: الأم 8/ 44، ومختصر المزني / 324، وروضة الطالبين 12/ 213.
(5) (بعد شهر) ساقط من /ج.
(6) انظر: الأم 8/ 44، ومختصر المزني / 324، وروضة الطالبين 12/ 213.
(7) كالمرض وغيره.
(8) في /أ: (عن شهر العقد).
(9) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ونحن لا نجيز أن يستأجر الرجل الرجل على أن يعمل له بعد شهر عملاً؛ لأنه قد يحدث عليه بعد الشهر ما يمنعه من العمل من مرض وموت وحبس وغيره» أ. هـ.
الأم 8/ 44، وانظر: مختصر المزني / 324.

الشهر، والتنجيم[1] من شرط الكتابة[2]، وهذا كنجم[3] واحد من جنسين، وتجنيس الأموال لا يقوم مقام التنجيم، فكأنه كاتبه إلى محل واحد على وقر[4] حنطة ودينار الشهر المذكور[5].

قلنا: خدمة الشهر المذكور[6] تصير مستحقة حالة عقيب العقد لا في آخر الشهر، ثم يشتغل في الشهر بتسليم المنافع التي حلت عليه.

ومثاله[7]: أن يكاتبه على سفينة طعام بعينها، أو صفتها[8] ويجعل[9] محل[10] الدينار صبيحة الغد صحت الكتابة.

وكانت على نجمين، أحدهما: الطعام، والثاني: الدينار، ومعقول أنه إذا اشتغل بتسليم الطعام، فربما يستغرق بذلك الزمان الذي بين العقد وبين محل الدينار، [وربما يأتي محل الدينار][11] ولم يفرغ بعد من تسليم السفينة، وكذلك تسليم المنافع المذكورة في عقد الكتابة.

---

(1) التنجيم: نجوم الكتابة. وأصله أن العرب كانت تجعل مطالع منازل القمر ومساقطها مواقيت حلول ديونها وغيرها، فتقول: إذا طلع النجم حل عليك مالي. فلما جاء الإسلام جعل الله تعالى الأهلة مواقيت لما يحتاجون إليه من معرفة أوقات الحج والصوم ومحل الديون. وسموها نجوماً اعتباراً بالرسم القديم الذي عرفوه وألفوه.
انظر: لسان العرب 12/ 570، والمصباح المنير / 594.

(2) انظر: روضة الطالبين 12/ 212، ومغني المحتاج 4/ 518.

(3) في / ج: (النجم).

(4) في / ج: (بعير).
والوقر: الحمل الثقيل. وأكثر ما استعمل في حمل البغل والحمار، ويستعمل في حمل البعير.
انظر: لسان العرب 5/ 289، والمصباح المنير / 668.

(5) وذلك لا يجوز؛ لعدم التنجيم.

(6) (قلنا خدمة الشهر المذكور) ساقط من / أ.

(7) في / ج: (مثاله) بسقوط الواو قبلها.

(8) (أو صفتها) ساقط من / أ.

(9) في / ج: (وجعل).

(10) (محل) ساقط من / ج.

(11) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.

مسألة (810): إذا قال لغلامه: أنت مدبر عتق بموت سيده، وإن لم ينو العتق.

[وإذا قال: كاتبتك ولم ينو العتق][1] لم يعتق بالأداء حتى ينوي[2]، أو يقول: على أنك إذا أديت هذا فأنت حر[3].

والفرق بينهما: أن لفظ التدبير ما زال مشهوراً في الإسلام والجاهلية لا يعقلون من معناه سوى الحرية، فاستغنينا عن النية، كما استغنى عنها صريح الطلاق والعتاق[4].

وأما لفظ الكتابة فما كانوا يعرفونه[5] قبل الإسلام وهو في الإسلام من الألفاظ التي يعرفها[6] خصائص المسلمين، فالتحقت[7] بألفاظ الكناية، وألفاظ الكناية لا تستقل بأنفسها، وإنما تستعمل[8]إذا انضمت النية إليها[9].

---

(1) ما بين الحاصرتين مكرر في / أ.

(2) في / أ: (حتى يبريه).

(3) نص الشافعي ـ رحمه الله ـ على هاتين المسألتين، واختلف الأصحاب فيهما على طريقين:
الطريق الأول: نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين:
أحدهما: أن ذلك صريح فيهما؛ لأن قوله: أنت مدبر موضوع للتدبير، وقوله: كاتبتك موضوع للكناية.
الثاني: أن ذلك كناية فيهما، ولا يكونان صريحين إلا بنية، أو قرينة؛ لأنه لم يكن استعمالهما لذلك.
الطريق الثاني: حمل النصين على ظاهرهما، فقوله أنت مدبر صريح في التدبير، وقوله: كاتبتك كناية في الكتابة.
ومن ذهب إلى ذلك فرق بينهما، ومنهم المؤلف رحمه الله.
انظر: الأم 8/ 16، 47، ومختصر المزني / 322، 324، والبيان.خ. جـ 5 ورقة: 34 ـ أ، وتهذيب الأحكام خ. جـ 4. ورقة: 292 ـ ب، ومطالع الدقائق 2/ 218، وروضة الطالبين 12/ 209 ـ 210.

(4) انظر: المنثور في القواعد 3/ 297، والأشباه والنظائر للسيوطي / 293.

(5) في / أ: (ما كانوا يعرفونها).

(6) في / أ: (يعرفونها).

(7) في / أ: (فالتحقيق)، وفي / جـ: (والتحقت) والصواب ما أثبت.

(8) في / أ: (تعمل).

(9) (إليها) ساقط من / جـ.
وانظر هذا الفرق في: مطالع الدقائق 2/ 218، وروضة الطالبين 12/ 209 ـ 210، والبيان.خ. جـ 5. ورقة: 34 ـ أ.

(307/ب) مسألة/ (**811**): إذا قال: كاتبتك على كذا وكذا، وذكر أجلاً معلوماً عشر سنين على أن تؤدي[1] في كل سنة كذا[2]، فالكتابة باطلة[3].

وإن قال: على أن تؤدي في انقضاء كل سنة كذا[4] فالكتابة جائزة[5].

والفرق بينهما: أنه إذا قال: في كل سنة كذا، فجميع السنة من طريق الاحتمال صالح [لهذه اللفظة[6]، وأما إذا قال: في انقضاء كل سنة، فهذه عبارة عن خاتمة][7] السنة[8] بظاهرها، فحملناها عليها، وحكمنا بصحة الكتابة.

مسألة (**812**): الكتابة إذا كانت فاسدة[9]، فقبض الوارث مالها بعد الموت[10] لم يعتق المكاتب[11].

ولو كانت صحيحة عتق المكاتب[12] [بقبض الوارث، كما يعتق بقبض المورث[13]][14].

---

(1) (على أن يؤدي) غير واضحة في /أ.
(2) في /أ: (كذى).
(3) انظر: الأم 8/ 43، ومختصر المزني / 324، وروضة الطالبين 12/ 215.
(4) (كذا) ساقط من /ج.
(5) انظر: الأم 8/ 43، ومختصر المزني / 324، وروضة الطالبين 12/ 214 ـ 215.
(6) فأصبح النجم مجهولاً، وذلك لا يجوز.
(7) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(8) في /أ: (للسنة).
(9) الكتابة الفاسدة هي: التي اختلت صحتها لشرط فاسد في العوض، بأن ذكر خمرا، أو خنزيراً، أو مجهولاً، أو لم يؤجله، أو لم ينجمه، أو كاتب بعض العبد.
انظر: روضة الطالبين 12/ 231، ومغني المحتاج 4/ 532 ـ 533.
(10) في /ج: (الموروث).
(11) انظر: روضة الطالبين 12/ 235، ومغني المحتاج 4/ 533، والوجيز 2/ 286.
(12) (المكاتب) ساقط من /أ.
(13) انظر: روضة الطالبين 12/ 235، ونهاية المحتاج 8/ 422.
(14) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

والفرق بينهما: أن الكتابة الفاسدة تقتضي تغليب[1] الوصف الذي تعلق العتق به، ووصف العتق قوله: إذا أديت إلي كذا فأنت حر، وليس الوارث بالذي قال: إذا أديت إلي[2] كذا فأنت حر، بخلاف الكتابة الصحيحة فإن جانب المعاوضة فيها مغلب[3].

فإن قال قائل: أليست الكتابة الفاسدة تقبل الفسخ[4] [5] [والمغلب فيها الوصف، فما الفرق بينها وبين العتق المعلق بصفة حيث][6] لا يقبل الفسخ[7]؟.

قلنا: الكتابة الفاسدة[8] إنما قبلت الفسخ لأنا وإن كنا نغلب الوصف فإنها[9] مشوبة بالمعاوضة الفاسدة؛ ولهذا تستتبع المكاتبة[10] أكسابها وأولادها[11]، بخلاف المعتق[12] بالصفة[13].

مسألة (813): إذا أعتق أحد الإبنين نصيبه من مكاتب الأب لم يقوم عليه في أحد

---

(1) في /ج: (أن في الكتابة الفاسدة تغليب).
(2) (إلي) ساقط من /ج.
(3) في /ج: (يغلب).
(4) في /ج: (الفسخ والتعليق).
(5) لأنها جائزة من الطرفين.
انظر: مغني المحتاج 4/ 533، ونهاية المحتاج 8/ 422، والوجيز 2/ 86.
(6) ما بين الحاصرتين ساقط من /ج.
(7) انظر: روضة الطالبين 12/ 232، 234، ومغني المحتاج 4/ 534، والبيان. خ. ج 5. ورقة: 85 ـ ب.
(8) (الكتابة الفاسدة) ساقط من /ج.
(9) في /أ: (إلا أنها).
(10) في /ج: (الكتابة).
(11) سواء كانت صحيحة أو فاسدة.
انظر: روضة الطالبين 12/ 233، ومغني المحتاج 4/ 533.
(12) في /ج: (العتق).
(13) انظر: الأم 8/ 25، وروضة الطالبين 12/ 234.

القولين[1]. وإذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد المشترك قومنا عليه النصف الثاني[2].

والفرق بين المسألتين: أن الوارث بالاعتاق يبرىء[3] مكاتب أبيه، ويستحيل حصول العتق والكتابة باقية إلا على حكم الكتابة، وإذا حصل العتق بالكتابة كان الولاء[4] للأب؛ لأن الكتابة صدرت من جهته، وإذا كان[5] الولاء له فكيف[6] يجوز التقويم[7] على غيره، ولا سبيل إلى[8] التقويم[9] على الميت.

مسألة (814): إذا عرض المكاتب النجم قبل المحل أجبرنا سيده على القبول إذا لم يتوجه عليه[10] مؤنة فادحة في الاستعجال[11].

والغريم إذا عرض على الغريم دينه قبل محله، ولا مؤنة تلزمه[12] ففي إجباره

---

(1) والقول الثاني ـ وهو الأصح ـ: أنه يقوم عليه نصيب أخيه؛ لأن الحرية تعجلت له باعتاق الابن، فقوم عليه، كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو موسر.
انظر: روضة الطالبين 12/ 241، والبيان.خ. ج 5. ورقة: 71 ـ أ، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 303 ـ ب.

(2) إذا كان موسراً.
انظر: روضة الطالبين 12/ 112، ومغني المحتاج 4/ 495 ـ 496.

(3) في /أ: (سرى).

(4) في /أ: (فإن الولاء).

(5) في /أ: (فإن كان).

(6) في /ج: (كيف).

(7) في /أ: (التقديم).

(8) في /ج: (على).

(9) في /أ: (تقويم).

(10) (عليه) ساقط من /ج.

(11) في /ج: (في الاستعمال) وساقط من /أ، والصواب ما أثبت.
وانظر: روضة الطالبين 12/ 251، ومغني المحتاج 4/ 526، والشرح الكبير 9/ 333 ـ 334.

(12) (تلزمه) ساقط من /ج.

على القبول قولان[1].

والفرق بينهما: أن دين المكاتب[2] دين يتعلق به حق العتق، وذلك مما يخشى فوته، بخلاف دين الغرماء، فإنه ليس يتعلق به مثل هذا الحق المتأكد.

مسألة (815): إذا عرض المكاتب النجم على السيد، فقال: هذه العين التي تعرضها علي قد غصبتها من فلان، فقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: يجبر[3] السيد على قبضها منه، ثم يؤمر بدفعها إلى فلان بحكم إقراره السابق[4].

وقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في كتاب التفليس ـ:/ «لو أن رجلاً باع من **(308/أ)** رجل نخلة، فأفلس المشتري واختار البائع عين ماله، ثم اختلف البائع والمشتري فقال البائع: اخترت [النخلة قبل الإبار ثم أبرت النخلة فالثمرة لي، فقال المشتري: بل اخترت][5] بعد الإبار[6]، فالثمرة لي، فالقول قول المشتري، إلا أن يقيم البائع[7] بينة، فإن[8] أقام شاهدين من الغرماء، أو شاهداً واحداً وحلف معه قضى له بالثمرة، وإن ردت[9] شهادة الشاهد الغريم، لعداوة[10] أو فسق، أو لم يشهد ولكنه أقر، ثم حلف المشتري وقضى له بالثمر، لم يعط ذلك الغريم من تلك الثمرة

(1) أصحهما: أنه يجبر.
القول الثاني: أنه لا يجبر.
انظر: قليوبي وعميرة 4/ 368، وروضة الطالبين 4/ 31، والشرح الكبير 9/ 334.

(2) في /ج: (أن الدين على المكاتب).

(3) في /أ: (أنه يجبر).

(4) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «وإن جاءه بالنجم فقال السيد هو حرام أجبرت السيد على أخذه أو يبرئه منه» أ.هـ مختصر المزني /322.
وقال النووي: إذا عين له مالكاً، أمر بتسليمه إليه بلا خلاف.
انظر: روضة الطالبين 12/ 253، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4، ورقة: 301، والبيان.خ. ج 5. ورقة: 75 ـ ب ـ 76 ـ أ.

(5) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.

(6) في /أ: (بعد الابا).

(7) (البائع) ساقط من /ج.

(8) في /أ: (وإن).

(9) في /أ: (فاردت).

(10) في /ج: (بعداوة).

عند المخاصمة والمضاربة شيئاً؛ لأنه أقر بها للبائع»[1]، ولم يقل الشافعي إنه يجبر[2] الغريم على قبضها في دينه، ثم يؤمر بتسليمها إلى البائع بمقتضى إقراره.

والفرق بين المسألتين: أن السيد غريم واحد[3] ليس للمكاتب غريم سواه، فإذا امتنع عن قبض ما عرض عليه تضرر المكاتب وتأخر العتق وربما يفوت، بخلاف المفلس إذا[4] امتنع الغريم[5] عن قبض الثمرة لم يعجز[6] عن دفعها إلى الغريم الآخر[7]، حتى أنه لو لم يكن[8] له إلا غريم واحد كانت مسألة التفليس حينئذٍ، كمسألة[9] الكتابة.

مسألة (**816**): إذا قال الرجل لعبده: أنت حر، ثم ادعى أنه أراد حرية الأخلاق وما أراد حرية عن الرق فقوله مردود[10].

ولو جاء المكاتب بالمال، فقبضه السيد[11] وقال للمكاتب: أنت حر، ثم بان أن المال كان[12] مستحقه حكمنا بأن[13] المكاتب قن[14] [15].

(1) في /أ: (لأنه أقر بتسليمها إلى البائع)، وفي /ج: (لأنه أقر بها البائع) والصواب ما أثبت فهو موافق لنص الشافعي.
وانظر: مختصر المزني /102، والحاوي.خ. ج 7. ورقة: 166 ـ ب، 167 ـ ب.
(2) في /ج: (أن يجبر).
(3) (واحد) ساقط من /أ.
(4) في /أ: (فأما المفلس فإذا).
(5) في /أ: (غريم).
(6) في /أ: (ولم يعجز).
(7) في /ج: (إلى غريم آخر).
(8) في /أ: (حتى إن لم يكن).
(9) في /أ: (كانت حينئذٍ مسألة التفليس مسألة).
(10) انظر: روضة الطالبين 12/ 108، ومغني المحتاج 4/ 493.
(11) (السيد) ساقط من /ج.
(12) (كان) ساقط من /أ.
(13) في /أ: (أن).
(14) في /ج: (عبد).
(15) على أصح الوجهين.
الوجه الثاني: أنه يحكم بحريته مؤاخذة له.
انظر: روضة الطالبين 12/ 247، ومغني المحتاج 4/ 525.

والفرق بين المسألتين: أن قوله للعبد القن[1]: أنت حر كلام انشاء هو[2] في الظاهر بحرية الرق[3]، وليس هو كلاماً[4] مبنياً[5] على شيء، وهو صريح في نفسه.

فأما في مسألة الكتابة[6]، فلفظه لفظ بناء، لا لفظ إنشاء، فإذا بان أن مال العقد باقٍ في ذمة المكاتب بقي رقيقاً، قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «المكاتب عبد[7] ما بقي عليه درهم»[8]، فإذا[9] ادعى المكاتب على سيده[10] أنك أردت إنشاء عتقي بهذا اللفظ، وقال السيد[11]: ما أردت ذلك، فالقول قول السيد مع يمينه، ويحكم بأن المكاتب عبد، كما كان إلى أن يؤدي تمام مال[12] الكتابة[13].

مسألة (817): تصح كتابة نصف شخص[14] ونصفه الثاني[15] حر[16]، ولا تصح كتابة نصف عبد ونصفه رقيق لمالكٍ ثانٍ[17].

(1) (القن) ساقط من / ج.
(2) (هو) ساقط من / أ.
(3) (بحرية الرق) ساقط من / أ.
(4) (كلاماً) ساقط من / أ.
(5) في / أ: (مبني).
(6) في / ج: (بخلاف مسألة الكتابة).
(7) في / أ: (قن).
(8) سبق تخريجه في ج2 ص 340.
(9) في / أ: (فإن).
(10) في / ج: (على السيد).
(11) (السيد) ساقط من / ج.
(12) (مال) ساقط من / أ.
(13) انظر: مغني المحتاج 4/ 525، وروضة الطالبين 12/ 247.
(14) في / أ: (شقص).
(15) (الثاني) ساقط من / أ.
(16) انظر: الأم 8/ 40، ومختصر المزني / 325.
(17) في / ج: (ثاني).
وانظر المصدرين السابقين.

والفرق: أن الكتابة إذا وردت على النصف والنصف الثاني حر فإن المكاتب يستفيد بكتابته جميع فوائد [الكتابة.

ألا ترى أنه إن شاء سافر وإن شاء أقام][1].

ألا ترى أنه إذا قبض سهم الرقاب[2] بنصفه المكاتب جاز له أن يقبض[3]، وذلك من مقاصد الكتابة./ (308/ب)

فأما إذا كان نصفه الثاني مملوكاً فلا يستفيد بكتابته جميع فوائد[4] الكتابة.

ألا ترى أنه لو أراد السفر كان ممنوعاً عنه بما بقي للشريك على نصفه من سلطان الملك والاستخدام؛ فلذلك[5] فصل الشافعي ـ رحمه الله ـ بين المسألتين.

مسألة (818): ولد المكاتب من الأمة تبع له في الرق والحرية قولاً واحداً[6]، وفي ولد المكاتبة قولان:

أحدهما: أنه عبد قن ولم يذكر المزني هذا القول في المختصر.

والقول الثاني: إنه تبع لها يعتق بعتقها ويرق برقها[7].

والفرق بينهما في لفظ الشافعي: ـ رضي الله عنه ـ قوله: «وإنما فرقت بينهما؛ لأن المكاتبة لا تملك ولدها، ولكن[8] حكمه حكمها، والمكاتب يملك ولده من أمته ولو كان يجري عليه رق»[9].

---

(1) ما بين الحاصرتين ساقط من / ج.
(2) أي إذا قبض سهمه من الزكاة، وهو سهم الرقاب.
(3) انظر: مغني المحتاج 4/ 520، وروضة الطالبين 12/ 228.
(4) في / ج: (أحكام).
(5) في / ج: (ولذلك).
(6) انظر: الأم 8/ 57، وتهذيب الأحكام خ. ج 4. ورقة: 308 ـ ب، وروضة الطالبين 12/ 288، ومغني المحتاج 4/ 525.
(7) نص عليه في المختصر قال النووي: وهو الأظهر وأحبهما إلى الشافعي.
انظر: مختصر المزني / 326، والأم 8/ 58، وروضة الطالبين 12/ 286، ومغني المحتاج 4/ 523.
(8) في / أ: (ولكنه).
(9) مختصر المزني / 326، وانظر: الأم 8/ 58.

ومراده بهذا: أن المكاتبة لا تلد ولداً تملكه بحال، وأمة المكاتب[1] قد[2] تلد ولداً يملكه المكاتب بحال، وإنما امتنع الملك مطلقاً في هذا الولد بالولادة[3] بينهما[4] وبينه[5].

مسألة (819): إذا جنى أب المكاتب وهو في ملك المكاتب لم يكن له أن يفديه[6].
ولو جنى عبد مملوك له كان له فداؤه[7].

والفرق بينهما: أنه إذا فدى أباه، فقد صرف طائفة من مال الكتابة إلى مهلكة؛ لأن أباه يعتق بعتقه ولا يجوز له بيعه[8]، وإذا فدى عبده القن، فقد صرف المال إلى المال؛ لأن له بعد فدائه أن يبيعه وينتفع بثمنه[9].

فإن قيل: فمتى يتصور إذاً أن يكون أبوه في ملكه وهو إذا لم يجز له فداؤه[10] لم يجز له شراؤه؟.

قلنا: لا يجوز له شراؤه، كما لا يجوز له فداؤه، ولكن يتصور أن يوهب له أبوه، أو يوصي له برقبته، فيقبله، ويجوز له قبوله بشرط وهو: أن يكون كسوباً، فإن كان غير كسوب لم يجز له قبوله؛ لأنه إذا قبله ولا كسب له التزم في مال

---

(1) في /ج: (المكاتبة) وهو خطأ.
(2) في /أ: (فقد).
(3) (بالولادة) ساقط من /ج.
(4) في /أ: (بينه).
(5) ومعنى قوله: «وإنما امتنع.. الخ» أي وإنما امتنع الملك المطلق الذي لا يمكن أن يجري عليه رق سبب الولادة بين الأمة والولد والمكاتب، فلما امتنع ذلك أمكن أن يجري في هذا الولد الرق، كما لو عجز المكاتب.
(6) انظر: روضة الطالبين 12/ 304، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: ج 318 ـ أ، والبيان.خ. ج 5. ورقة: 82 ـ ب.
(7) في /ج: (أن يفديه).
وانظر: المراجع السابقة.
(8) انظر: البيان.خ. ج 5. ورقة: 82 ـ ب، وروضة الطالبين 12/ 304.
(9) في /أ: (ببيعه).
(10) (لم يجز له فداؤه) ساقط من /ج.

الكتابة نفقته وذلك من الضرر على السيد[1].

مسألة (820): يعزر المكاتب مملوكه إذا فعل ما يقتضي تعزيره، ولا يقيم الحد عليه في الشرب وغيره، نص عليهما الشافعي رحمه الله[2].

وفصل بينهما بأن قال: «لأن الحد لا يكون إلا لحر»[3]. يشير بذلك إلى أن الحرية هي العمدة في سلطان[4] الحدود واستيفائها، ثم من أصحابنا من اشترط مع حرية السيد عدالته بحيث يصلح للاستقضاء حتى يجوز له استيفاء الحد من المملوك[5]، ومنهم من لم يشترط هذا الشرط واكتفى بالحرية، وكمال الملك[6].

مسألة (821): عبد المكاتب إذا جنى على عبد آخر له[7] فللمكاتب أن يقتص[8].

(309/أ) ولو جنى عبد أجنبي /على المكاتب عمداً، فأراد القصاص والسيد الدية، فللمكاتب القصاص فيما نص عليه الشافعي رحمه الله[9]، وخرج الربيع فيها قولاً

---

(1) انظر: روضة الطالبين 12/ 279، والبيان خ. ج 5. ورقة: 56 ـ أ.

(2) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «وللمكاتب أن يؤدب رقيقه ولا يحدهم؛ لأن الحد لا يكون لغير حر». أ. هـ.
مختصر المزني / 230، وانظر: الأم 8/ 71.
قال النووي: والأصح اقامته.
انظر: روضة الطالبين 10/ 104، ومغني المحتاج 4/ 153.

(3) انظر: مختصر المزني / 330، والأم 8/ 71.

(4) في /أ: (وسلطان).

(5) وممن ذهب إلى ذلك أبو اسحاق المروزي.
انظر: تهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 106 ـ أ، والحاوي كتاب «الحدود» 1/ 357.

(6) انظر: الحاوي كتاب «الحدود» 1/ 360، وروضة الطالبين 10/ 104.

(7) (له) ساقط من / ج.

(8) انظر: مختصر المزني / 330، وروضة الطالبين 12/ 304، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4. ورقة: 318 ـ أ.

(9) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «وإذا جنى على المكاتب عبد جناية عمداً، فأراد المكاتب القصاص وأراد سيده الدية فللمكاتب القصاص؛ لأن سيده ممنوع من ماله وبدنه» أ.هـ.
الأم 8/ 70، وانظر: مختصر المزني / 330.

آخر: إنه ليس له القصاص إذا لم يرد السيد القصاص[1].

الفرق بينهما: أن المكاتب لو عفي، وقد جنى عبده على عبده لم يتضمن عفوه استحقاقاً يبطله[2] القصاص، وإذا كانت[3] الجناية من أجنبي، فاستيفاء القصاص يتضمن إبطال مال لولا القصاص لثبت استحقاقه.

مسألة (822): إذا أعتق الرجل في مرض موته عبيداً اعتبرنا رقبتهم من الثلث بكل حال[4]، فأما إذا كاتب عبيداً في مرض موته بمال فالواجب أن يعتبر[5] خروج أقل المالين من الثلث، فإن كانت الرقبة أقل المالين فهي[6] المعتبرة، وإن كان مال الكتابة هو[7] الأقل اعتبرنا خروج مال الكتابة من الثلث[8].

الفرق: أن العبد القن إذا أعتقه في مرض موته، فرقبته هي المال الذي[9] قصد إزالة الملك عنه، فلم[10] يجز اعتبار غيره.

فأما في الكتابة فمعقول أن مال الكتابة إن كان أكثر والرقبة أقل كان للمكاتب أن يعجز نفسه فتنفسخ الكتابة، فلا يبقى في يد الوارث سوى الرقبة، وإن كان

---

(1) انظر: الأم 8/ 70، والبيان.خ. جـ 5. ورقة: 84 ـ ب.
(2) في /جـ: (استحقاق لم يبطله).
(3) في /أ: (فإذا كانت).
(4) انظر: مغني المحتاج 3/ 47، ونهاية المحتاج 6/ 55 ـ 56، والوجيز 1/ 272، والتنبيه / 141.
(5) في /أ: (أن يعتد).
(6) في /أ: (وهي).
(7) (هو) ساقط من /أ.
(8) وقال النووي وابن الرفعة: إن المعتبر القيمة. والمسألة مصورة في رجل كاتب في مرض موته عبيداً لا مال له غيرهم.
انظر: روضة الطالبين 6/ 134، 12/ 218، وكفاية النبيه.خ. جـ 8 ورقة: 210 ـ ب.
(9) (الذي) ساقط من /أ.
(10) في /جـ: (لم).

مال الكتابة أقل، فللمكاتب أن يقول: لا أفسخ[1] الكتابة وأؤدي[2] المال حتى أعتق على الكتابة؛ لأن الكتابة من جانب السيد لازمة؛ فلذلك قلنا: لا سبيل إلى تعيين الرقبة في اعتبار[3] الثلث أو تعيين النجوم، ولكن وجب اعتبار أقلها بكل حال.

مسألة (823): إذا قال السيد: ضعوا عن مكاتبي مال الكتابة إن شاء وذلك وصية، فشاء والثلث يحتمله وضعنا جميع مال الكتابة[4].

وإن قال: ضعوا عنه ما شاء، فشاء وضع مال الكتابة لم[5] يوضع عنه جميعه، ولا بد من أن يستبقي بعضه[6].

الفرق: أنه إذا قال: ضعوا عنه ما شاء [فمن ضرورة هذا الكلام مع ذكر النجوم التبعيض، كأنه قال: ما شاء][7] من مال الكتابة فضعوه[8] عنه، وإذا ذكر المال على الإطلاق لم يكن فيه مع الإطلاق ما يقتضي التبعيض؛ فلذلك[9] لم تستقل[10] بالتبعيض.



(1) في /ج: (إذا أفسخ).
(2) في /ج: (أو أودي).
(3) في /ج: (واعتبار).
(4) انظر: روضة الطالبين 12/ 276، وتهذيب الأحكام.خ. ج 4 ورقة: 321.
(5) في /أ: (ولم).
(6) انظر المرجعين السابقين.
(7) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(8) في /ج: (فضعوا).
(9) في /ج: (فذلك).
(10) في /أ: (لم تستعمل).

كتاب أمهات الأولاد[1]

مسألة (824): إذا أعتق السيد أمَ ولده ولها أولاد من زنا، أو زوج ولدتهم بعد الاستيلاد عتقت ولم يعتق الأولاد[2].

وإذا أعتق السيد مكاتبته ولها أولاد ـ وجعلناهم[3] تبعاً في الكتابة ـ عتقت وعتق الأولاد[4].

والفرق بين المسألتين: / أن أولاد المكاتبة تبع للأم يعتقون[5] بعتقها[6]، (309/ب) وعتقها[7] بالبراءة، وقد برئت[8] بإعتاقه إياها.

ألا ترى أن عتق المكاتبة[9] لو فات بموتها، أو عجزها، فات عتق الأولاد[10].

وأما أولاد أم الولد، فمنزلتهم منزلتها، لا على جهة التبعية.

ألا ترى أن عتقها لو فات بأن تموت رقيقة قبل موت سيدها عتق الأولاد بموت السيد[11]، فعرفت[12] أن أم الولد إذا عتقت بموت سيدها، فليس عتق أولادها بعتقها، وإنما عتق أولادها بسبب عتقها وهو موت السيد.

---

(1) (كتاب أمهات الأولاد) ساقط من /أ.

(2) انظر: روضة الطالبين 12/ 311، ومغني المحتاج 4/ 543.

(3) في /ج: (جعلناهم) بسقوط الواو قبلها.

(4) انظر: روضة الطالبين 12/ 286، 311، ومغني المحتاج 4/ 543 .

(5) في /أ: (فيعتقون).

(6) انظر: روضة الطالبين 12/ 286، والأشباه والنظائر للسيوطي / 269.

(7) (وعتقها) ساقط من /أ.

(8) في /أ: (ترتب).

(9) في /أ: (المكاتب).

(10) قال النووي: بلا خلاف.
انظر: روضة الطالبين 12/ 286، ومغني المحتاج 4/ 543.

(11) وهذا أحد المواضع التي يزول فيها حكم المتبوع ويبقى حكم التابع.
انظر: مغني المحتاج 4/ 543، والمنثور في القواعد 3/ 357.

(12) في /أ: (فعرف).

فإن قيل: ما المعنى الذي أوجب أن يعتق أولاد أم الولد بسبب عتق أم الولد[1]، وأولاد المكاتبة بعتق المكاتبة؟.

قلنا: إنما كان كذلك؛ لأن الكتابة عقد ورد عليها، والعقد بنفسه لا يعدو محله ولا ينتقل بنفسه، فلو قلنا[2]: عتق أولاد المكاتبة بعتق المكاتبة [كنا قد حولنا العقد إلى غير محله؛ فلذلك أعتقنا المكاتبة][3] بالعقد وجعلنا عتقها سبب عتق أولادها، وليس بمستبعد إذا استقر العقد في محله تَعْدِيَتُهُ بأثره.

فأما الاستيلاد فليس بعقد، وإنما هو فعل لما[4] تحقق ثبت[5] تسبب[6] الولد الحر بتبعية[7] حرية في الأم، فما من ولد علقت به[8] من بعد إلا وتثبت فيه مثل تلك التبعية[9]، فصار ولد أم الولد كأم الولد حتى يعتق بما تعتق به أم الولد، وهو في حالة واحدة[10]: بموت السيد تعتق أم الولد، وأولادها لا بعتق[11] أم الولد[12]. والله أعلم بالصواب.



(1) (بسبب عتق أم الولد) ساقط من /أ.
(2) في /أ: (ولو قلنا).
(3) ما بين الحاصرتين ساقط من /أ.
(4) (هو فعل لما) ساقط من /أ.
(5) في /أ: (أثبت).
(6) في /ج: (بسب).
(7) في /ج: (شعبة).
(8) (له) ساقط من /ج.
(9) في /ج: (الشعبة).
(10) في /ج: (حتى يعتق بما تعتق به أم الولد لا بعتق أم الولد وهو في حالة واحدة).
(11) في /ج: (بعتق) بسقوط اللام قبلها.
(12) وإنما بموت السيد.

الفهارس

1 - فهرس الآيات القرآنية

سورة المائدة

سورة الأنعام



٢ - فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	الجزء والصفحة

حرف الألف

الحديث	الجزء والصفحة

الحديث | الجزء والصفحة

حرف الباء

حرف التاء

حرف الجيم

حرف الحاء

حرف الخاء

حرف الذال

حرف الراء

حرف الزاي

حرف السين

حرف الصاد

الحديث | الجزء والصفحة

حرف الضاد

حرف الطاء

حرف العين

حرف الفاء

الحديث | الجزء والصفحة

حرف القاف

حرف الكاف

حرف اللام

حرف الميم

الحديث	الجزء والصفحة

حرف النون

3 - فهرس الآثار

الأثر	الجزء والصفحة
كان أبو بكر الصديق رضي الله عنه «قد نحل عائشة جداد عشرين وسقاً فمرض أبو بكر قبل الاقباض والقبض فقال لها: وددت أنك كنت قد حزتيه واليوم مالك ومال أخويك وأختيك، فقالت عائشة أما أختي فلانة فقد عرفتها فمن أختي الأخرى..؟ فقال: إن فلانة حامل وما أراها إلا تلد جارية فولدت جارية».	(ج2) 479، 480 (ج3) 25
كانت عائشة رضي الله عنها «تنقل ماء زمزم في القوارير».	(ج2) 305



4 - فهرس الأعلام

حرف الألف

حرف الباء

حرف الثاء

حرف الجيم

حرف الحاء

حرف الخاء

حرف الراء

حرف الزاي

حرف السين

حرف الشين

حرف الصاد

حرف الطاء

حرف العين

حرف الفاء

حرف القاف

حرف الكاف

حرف الميم

حرف النون

حرف الهاء

حرف الياء



5 - فهرس الكلمات اللغوية

حرف الألف

حرف الباء

حرف التاء

حرف الثاء

حرف الجيم

حرف الحاء

حرف الخاء

حرف الدال

حرف الذال

حرف الراء

حرف الزاي

حرف السين

حرف الشين

حرف الصاد

حرف الضاد

حرف الطاء

حرف الظاء

حرف العين

حرف الغين

حرف الفاء

حرف القاف

حرف الكاف

حرف اللام

حرف الميم

حرف النون



6 - فهرس الأماكن والبلدان



7 - فهرس النقود



8 - فهرس المكاييل والأوزان



9 - فهرس القواعد والضوابط الفقهية

القواعد والضوابط الفقهية	الجزء والصفحة

القواعد والضوابط الفقهية	الجزء والصفحة



10 - فهرس القواعد الأصولية



11 - فهرس الأحكام المجتمع عليها



12 - فهرس المراجع والمصادر

أولاً: المطبوعات

1 - القرآن الكريم.
2 - آثار البلاد وأخبار العباد: تأليف زكريا بن محمد القزويني، دار صادر. بيروت.
3 - الاختيارات الفقهية: من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية. اختارها الشيخ علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي المتوفى سنة (803هـ) الناشر، مكتبة الرياض الحديثة.
4 - الإجماع لابن المنذر: لمحمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري المتوفى سنة (318 هـ)، تحقيق ودراسة الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، مطبعة دار الدعوة، قطر.
5 - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: تأليف علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية سنة (1400هـ).
6 - أحكام القرآن: للإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة (204 هـ) طبع سنة (1400 هـ) بمطبعة دار الكتب العلمية، بيروت.
7 - أحكام القرآن: لأبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي، المتوفى سنة (543هـ) تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
8 - الأحكام السلطانية: لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي المتوفى (450 هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
9 - الأنساب: لأبي سعد عبد الكريم بن محمد السمعاني، المتوفى سنة (562هـ)، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية. الهند، الطبعة الأولى سنة 1383هـ.
10 - الاحكام في أصول الأحكام: لسيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي الآمدي، طبع سنة (1400 هـ) بمطبعة دار الكتب العلمية، بيروت.

11 - **الأعلام**: لخير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة سنة 1980م.

12 - **إختلاف الفقهاء**: للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي المتوفى (321 هـ)، تحقيق الدكتور محمد صغير حسن المعصومي، طبع بمعهد الأبحاث الإسلامية، إسلام أباد، باكستان (1391 هـ).

13 - **إرشاد الفحول**: تأليف محمد بن علي بن محمد الشوكاني، مطبعة دار الفكر بيروت.

14 - **أدب القاضي**: لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي المتوفى (450 هـ)، تحقيق محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد بغداد (1391 هـ).

15 - **أدب القاضي**: لأبي العباس أحمد بن أحمد الطبري المعروف بابن القاص المتوفى (335 هـ)، تحقيق الدكتور حسين خلف الجبوري، مكتبة الصديق الطائف، الطبعة الأولى (1409 هـ).

16 - **أدب القضاء**: تأليف القاضي شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبدالله، الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم الشافعي، تحقيق الدكتور محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد بغداد، الطبعة الأولى (1404هـ).

17 - **الاستغناء في معرفة المشهورين من حملة العلم بالكنى**: تأليف أبي عمر يوسف بن عبدالله القرطبي المتوفى (368 هـ)، تحقيق الدكتور عبدالله مرحول السوالمه، دار ابن تيمية الطبعة الأولى (405 هـ).

18 - **الاستغناء في الفرق والاستثناء**: تأليف محمد بن أبي بكر سليمان البكري، تحقيق سعود بن مسعد الثبيتي، مركز إحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة.

19 - **الاستيعاب**: لأبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر القرطبي المتوفى سنة (463 هـ)، مطبعة دار العلوم الحديثة، الطبعة الأولى (1328 هـ) مكة المكرمة.

20 - **أسد الغابة في تمييز الصحابة**: لعز الدين أبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد الشيباني المعروف بابن الأثير، مطبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.

21 - **الأشباه والنظائر**: لأبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن تمام السبكي، المتوفى (771 هـ)، تحقيق عبد الفتاح أبو عينين، رسالة مطبوعة على الاستنسل. ولدي منه نسخة.

22 - **الأشباه والنظائر**: لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة (911 هـ)، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت.

23 - **الأشباه والنظائر**: لمحمد بن عمر بن مكي بن المرحل المعروف بابن الوكيل، تحقيق عادل بن عبدالله الشويخ وأحمد بن محمد العنقري، رسالة لنيل درجة الماجستير مطبوعة على الاستنسل.

24 - **الإشراف على مذاهب العلماء**: لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المتوفى سنة (318 هـ)، المجلد الرابع، تحقيق أبي حماد صغير أحمد محمد حنيف، دار طيبة، الرياض، الطبعة الأولى.

25 - **الإشراف على مسائل الخلاف**: للقاضي عبد الوهاب بن علي نصر البغدادي المالكي، المتوفى (422 هـ) مطبعة الإرادة.

26 - **الإصابة**: لابن حجر العسقلاني، المتوفى سنة (852 هـ)، مطبعة دار العلوم الحديثة، الطبعة الأولى سنة (1328 هـ).

27 - **إعلام الساجد بأحكام المساجد**: لمحمد بن عبدالله الزركشي، المتوفى (794 هـ)، تحقيق أبي الوفاء مصطفى المراغي، الطبعة الثانية، مطابع الأهرام التجارية القاهرة (1403 هـ).

28 - **أعلام الموقعين**: لشمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، المتوفى سنة (751 هـ)، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية صيدا بيروت (1407 هـ).

29 - **الأم**: للإمام الشافعي، مطبعة دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية سنة (1393 هـ).

30 - **أنيس الفقهاء**: للقاسم القوني، المتوفى سنة (978 هـ)، تحقيق الدكتور أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، الطبعة الأولى (1406 هـ)، الناشر دار الوفاء جدة.

31 - **إيضاح المشكل من أحكام الخنثى**: لجمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي، رسالة تقدم بها إبراهيم بن عبد العزيز الغصن لنيل درجة الماجستير، مطبوعة على الاستنسل.

32 - الإيضاح في المناسك: للشيخ محيي الدين النوري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى (1985 م).
33 - الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان: لأبي العباس نجم الدين بن الرفعة المتوفى سنة (710 هـ)، تحقق الدكتور محمد أحمد إسماعيل الخاروق، دار الفكر دمشق (1400 هـ).
34 - بلغة السالك: لأحمد بن محمد الصاوي المالكي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأخيرة سنة (1372هـ).
35 - بدائع الصنائع: للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المتوفى سنة (587 هـ)، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية (1402 هـ).
36 - بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لمحمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المتوفى سنة (595 هـ)، مطبعة دار المعرفة، الطبعة الخامسة (1401 هـ).
37 - البداية والنهاية: للحافظ بن كثير الدمشقي، المتوفى سنة (774 هـ)، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الرابعة (1408 هـ).
38 - البحر الرائق: لزين الدين بن نجيم الحنفي، مطبعة دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثانية.
39 - تاج العروس من جواهر القاموس: تأليف محمد مرتضى الزبيدي الحنفي، المطبعة الخيرية، مصر، الطبعة الأولى سنة (1306هـ).
40 - تاريخ العلماء النحويين: للقاضي أبي المحاسن المفضل بن محمد المعري المتوفى سنة (442هـ) تحقيق الدكتور عبد الفتاح الحلو.
41 - تاريخ بغداد: للحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت.
42 - التبصرة: تأليف أبي محمد عبد الله بن يوسف الجويني، مخطوط بمكتبة عارف حكمت بالمدينة المنورة برقم (45) فقه شافعي.
43 - تحرير ألفاظ التنبيه: لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى (1408 هـ).
44 - تحفة المحتاج: لابن حجر الهيثمي، دار صادر، بيروت.

45 - تخريج الفروع على الأصول: للإمام شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني، المتوفى سنة (656 هـ)، تحقيق الدكتور محمد أديب صالح، طبع مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة سنة (1399 هـ).

46 - تكملة شرح المهذب: لتقي الدين أبي الحسن علي بن عبد القاضي السبكي، ولمحمد بن نجيب المطيعي، طبع مع المجموع بدار الفكر.

47 - تصحيح الفروع: تأليف علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي المتوفى سنة (885هـ) طبع بهامش الفروع بمطبعة عالم الكتب، بيروت الطبعة الثالثة سنة (1379هـ).

48 - التهذيب: للإمام الحسين بن مسعود البغوي، مخطوط مصور في معهد المخطوطات العربية بمصر تحت رقم (103) فقه شافعي.

49 - التعريفات: لعلي بن محمد الجرجاني، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى سنة (1403 هـ).

50 - تغليق التعليق على صحيح البخاري: للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق سعيد عبد الرحمن القرقي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى (1405هـ).

51 - التفريع: لأبي القاسم عبيدالله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري، المتوفى سنة (378 هـ) تحقيق الدكتور حسين بن سالم الدهمان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى (1408 هـ).

52 - تلخيص الحبير: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة (852 هـ)، تحقيق عبدالله هاشم، مطبعة دار المعرفة، بيروت.

53 - التمهيد في تخريج الفروع على الأصول: لجمال الدين أبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي المتوفى سنة (772 هـ)، تحقيق محمد حسن هيتو، مطبعة مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية سنة (1401 هـ).

54 - التنبيه: لأبي إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المتوفى سنة (476 هـ)، مطبعة عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى سنة (1403 هـ).

55 - تهذيب الأسماء واللغات: لأبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المتوفى سنة (676 هـ)، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت.

56 - تهذيب التهذيب: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة (852هـ) طبع بمطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية بالهند سنة (1326هـ).
57 - الجامع لأحكام القرآن: لأبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى (1408 هـ).
58 - حاشية ابن عابدين: لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، طبع في دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية (1407 هـ).
59 - حاشية الجرجاني على شرح القاضي عضد الملة والدين: للمحقق السيد الشريف الجرجاني، المتوفى سنة (816هـ).
60 - حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: تأليف عبد الحميد الشرواني، طبع بحاشية تحفة المحتاج في دار صادر، بيروت.
61 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد عرفة الدسوقي، طبع بمطبعة دار الكتب، بيروت.
62 - حاشية الروض المربع: لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم بساط، بيروت، الطبعة الثانية سنة (1403هـ).
63 - حاشية العدوي: لعلي العدوي، دار صادر، بيروت.
64 - حاشية العطار على شرح المحلى لجمع الجوامع: لحسن العطار، دار الكتب العلمية، بيروت.
65 - الحاوي:
أ - للقاضي أبي الحسن علي بن محمد الماوردي المتوفى سنة (450 هـ).
ب - كتاب الحدود، تحقيق إبراهيم بن علي صندقجي، رسالة دكتوراة مطبوعة على الاستنسل.
جـ - كتاب حكم المرتد، تحقيق الدكتور إبراهيم بن علي صندقجي، مطبعة المدني، مصر، الطبعة الأولى (1407 هـ).
د - كتاب الزكاة، تحقيق ياسين ناصر محمود الخطيب، رسالة دكتوراة مطبوعة على الاستنسل.
هـ - كتاب قتال أهل البغي، تحقيق الدكتور إبراهيم بن علي صندقجي مطبعة المدني، مصر، الطبعة الأولى (1407 هـ).

و - كتاب المضاربة، تحقيق عبد الوهاب السيد حواس، دار الأنصار، مصر.

66 - الحضارة الإسلامية في القرن الرابع: تأليف آدم متز، نقله إلى العربية محمد عبد الهادي أبو ريدة، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الرابعة سنة (1387هـ).

67 - حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء: لسيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، تحقيق الدكتور ياسين أحمد بن إبراهيم ولادكه، مكتبة الرسالة عمان الطبعة الأولى سنة (1988 م).

68 - حلية الفقهاء: لأبي الحسين أحمد بن فارس الرازي، المتوفى سنة (1395 هـ)، تحقيق د/ عبدالله عبد المحسن التركي، الشركة المتحدة للتوزيع، الطبعة الأولى سنة (1403 هـ).

69 - الخرشي على مختصر خليل: لمحمد الخرشي المالكي، دار صادر، بيروت.

70 - خبايا الزوايا: لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، تحقيق عبد القادر عبدالله العاني، مطابع مقهوي ـ الكويت، الطبعة الأولى سنة (1402هـ).

71 - خطط الشام: لمحمد كرد علي، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية سنة (1389هـ).

72 - دول الإسلام: للحافظ شمس الدين الذهبي، المتوفى سنة (748هـ). تحقيق فهيم محمد شلتوت، ومحمد مصطفى إبراهيم، الهيئة المصرية للكتاب (1974م).

73 - الدرة المضيئة فيما وقع فيه الخلاف بين الشافعية والحنفية: لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني المتوفى سنة (419 هـ)، تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، الطبعة الأولى سنة (1406 هـ).

74 - رؤوس المسائل: للعلامة جار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري، المتوفى سنة (467 هـ)، تحقيق عبدالله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى (1407 هـ).

75 - رسالة في الدماء الطبيعية: تأليف الشيخ محمد الصالح العثيمين، الشركة الحديثة للطباعة، جدة، الطبعة الثانية سنة (1398هـ).

76 - روضة الناظر وجنة المناظر: للإمام موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة، المطبعة السلفية، الطبعة الخامسة (1395هـ).

77 - الرسالة: للإمام محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق أحمد شاكر.

78 - الروض المربع مع حاشية ابن قاسم: لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم بساط، بيروت، الطبعة الثانية (1403 هـ).

79 - روضة الطالبين: للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة (676 هـ)، المكتب الإسلامي.

80 - الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي: لأبي منصور الأزهري، المتوفى سنة (370 هـ)، تحقيق الدكتور محمد جبر الألفي، المطبعة العصرية الكويت، الطبعة الأولى (1399 هـ).

81 - سير أعلام النبلاء: لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، المتوفى سنة (748هـ) مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى (1403هـ).

82 - السيرة النبوية: لمحمد بن عبد الملك بن هشام، المتوفى سنة (213هـ)، دار الجيل، بيروت سنة (1975م).

83 - السقاية المرضية في أسامي الكتب الفقهية: جمع الفقير لرضا ربه الغني محمد محفوظ بن عبدالله الترمسي، المطبعة الميرية، مكة، (1304 هـ).

84 - سنن ابن ماجه: للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه، المتوفى سنة (207 هـ)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر.

85 - سنن أبي داود: لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، المتوفى سنة (375 هـ)، تحقيق عزت عبيد الدعاس، وعادل السيد، دار الحديث الطبعة الأولى (1388 هـ).

86 - سنن الترمذي: لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سودة، المتوفى سنة (209 هـ)، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

87 - سنن الدارقطني: لعلي بن عمر الدارقطني، المتوفى سنة (385 هـ)، مطبعة فالكن لاهور، باكستان.

88 - السنن الكبرى: لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، المتوفى سنة (458 هـ)، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية بالهند، الطبعة الأولى سنة (1356 هـ).

89 - سنن النسائي: لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي، مكتب التربية العربي لدول الخليج، الطبعة الأولى (1409 هـ).

90 - شذرات الذهب: لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي، المتوفى سنة (1089 هـ)، دار السيرة، بيروت، الطبعة الثانية (1399 هـ).

91 - شرح ابن عقيل: لبهاء الدين عبدالله بن عقيل العقيلي الهمداني، المتوفى سنة (769 هـ)، الطبعة الرابعة عشرة سنة (1384 هـ)، مطبعة السعادة.

92 - شرح صحيح مسلم: للإمام محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة (676 هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى (1407هـ).

93 - شرح العناية على الهداية: لمحمد بن محمود البابرتي، المتوفى سنة (786هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأولى سنة (1389هـ).

94 - شرح فتح القدير: للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى (681 هـ)، شركة مطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر، الطبعة الأولى (1389 هـ).

95 - شرح تنقيح الفصول: لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المتوفى سنة (684هـ)، دار الفكر، القاهرة، الطبعة الأولى (1393هـ).

96 - شرح القواعد الفقهية: لأحمد الزرقاء، الطبعة الأولى سنة (1403هـ).

97 - الشرح الصغير للدردير: لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأخيرة (1372هـ).

98 - الشرح الكبير: لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، المتوفى سنة (623 هـ)، دار الفكر.

99 - شرح الكوكب المنير: لمحمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار، المتوفى سنة (972هـ)، تحقيق د. محمد الزحيلي ود./ نزيه حماد، دار الفكر، دمشق (1400هـ).

100 - صحيح البخاري: للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، المتوفى سنة (256هـ)، عالم الكتب، بيروت.

101 - صحيح مسلم: للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، المتوفى سنة (261هـ)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

102 - **الصحاح**: لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت ـ الطبعة الثالثة (1404هـ).

103 - **صحيح ابن خزيمة**: لأبي بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة، المتوفى سنة (311هـ) تحقيق د/ محمد مصطفى الأعظمي، شركة الطباعة العربية السعودية المحدودة، الرياض، الطبعة الثانية (1401هـ).

104 - **طبقات الشافعية**: لأبي بكر بن أحمد بن قاضي شهبة، المتوفى سنة (851هـ)، تحقيق د./الحافظ عبد العليم خان، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، الطبعة الأولى (1398هـ).

105 - **طبقات الشافعية**: لأبي بكر بن هداية الله الحسيني، المتوفى سنة (1014هـ) تحقيق عادل نويهض، دار الآفاق الجديدة، بيروت، الطبعة الأولى (1971م).

106 - **طبقات الشافعية**: لجمال الدين عبد الرحيم الأسنوي، المتوفى سنة (772هـ)، تحقيق عبد الله الجبوري، دار العلوم للطباعة والنشر، الرياض (1400هـ).

107 - **طبقات الشافعية الكبرى**: لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي السبكي المتوفى سنة (771هـ)، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، محمود محمد الطناجي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، الطبعة الأولى سنة (1385هـ).

108 - **طبقات المفسرين**: لشمس الدين محمد بن علي الداوودي، المتوفى سنة (945هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (1403هـ).

109 - **طبقات الفقهاء**: لأبي إسحاق الشيرازي، المتوفى سنة (476هـ)، تحقيق إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، الطبعة الثانية (1401هـ).

110 - **الغاية القصوى**: لعبدالله بن عمر البيضاوي، المتوفى سنة (685هـ)، تحقيق علي محيي الدين القره داغي، دار الإصلاح للطبع والنشر والتوزيع الدمام.

111 - **غريب الحديث للحربي**: للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن إسحاق الحربي المتوفى سنة (285هـ)، تحقيق سليمان بن إبراهيم العايد، دار المدني، جدة، الطبعة الأولى (1405هـ).

112 - غريب الحديث للخطابي: للإمام أبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم الخطاب البستي، المتوفى سنة (388هـ)، تحقيق عبد الكريم إبراهيم الغرباوي، دار الفكر، دمشق (1402هـ).

113 - فتاوى قاضي خان: تأليف الإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي الفرنماني الحنفي، المتوفى (295هـ)، مطبوعة بهامش الفتاوى الخانيه، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة (1400هـ).

114 - فتاوى ومسائل ابن الصلاح: لشيخ الإسلام تقي الدين أبي عمرو عثمان ابن المفتي صلاح الدين عبد الرحمن بن عثمان الكردي، تحقيق الدكتور عبد المعطي أمين قلعجي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

115 - الفتاوى الهندية: تأليف مجموعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة (1400هـ).

116 - فتاوى ابن تيمية: لتقي الدين أحمد بن تيمية، طبع دار الإفتاء، الرياض.

117 - الفتاوى الخانية: لفخر الدين حسن بن منصور الفرغاني، المتوفى سنة (295هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة (1400هـ).

118 - فتاوى النووي: للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى سنة (1402هـ).

119 - فتح الباري: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة (773هـ)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

120 - فتح القدير: لمحمد بن علي الشوكاني، المتوفى سنة (1250هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

121 - الفروع: لأبي عبد الله محمد بن مفلح، المتوفى سنة (763هـ)، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثالثة (1402هـ).

122 - الفروق: لأبي عبد الله بن محمد بن عبد الله السامري، المعروف بابن سنيته، المتوفى سنة (616هـ)، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير تقدم بها محمد بن إبراهيم اليحيى، مطبوعة على الاستنسل.

123 - الفروق: لعبد بن محمد بن الحسين الكرابيسي، تحقيق د/ محمد طموم، شركة المطبعة العصرية، الكويت، الطبعة الأولى سنة (1402هـ).

124 - فقه الإمام أبي ثور: لإبراهيم بن خالد بن أبي اليمان البغدادي، المتوفى (240هـ)، تأليف سعدي حسين علي جبر، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان الطبعة الأولى (1403هـ).

125 - فقه اللغة: لأبي منصور عبد الملك بن محمد بن إسماعيل الثعالبي المتوفى سنة (430هـ)، دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان.

126 - الفهرست: لمحمد بن إسحق النديم، دار المعرفة، بيروت.

127 - القاموس المحيط: لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، دار الفكر بيروت.

128 - قليوبي وعميرة: حاشيتا الإمامين الشيخ شهاب الدين القليوبي، والشيخ عميرة على شرح المحلى، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر.

129 - القواعد: لأبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقري، المتوفى سنة (758هـ)، تحقيق أحمد عبدالله حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة.

130 - القواعد: لأبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن المعروف تقي الدين الحصني، المتوفى سنة (829هـ)، تحقيق عبد الرحمن بن عبدالله الشعلان، وجبريل بن محمد بن حسن بصيلي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، مطبوعة على الاستنسل.

131 - قواعد الأحكام في مصالح الإمام: لسلطان العلماء أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، المتوفى سنة (660هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

132 - الكافي: لشيخ الإسلام أبي محمد موفق الدين بن عبدالله بن قدامة، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية.

133 - الكافي: تأليف أبي عمر يوسف بن عبدالله بن عبد البر، تحقيق محمد محمد أحيد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الأولى سنة (1398هـ).

134 - كشاف القناع: تأليف منصور بن يونس البهوتي، مكتبة النصر الحديثة، الرياض.

135 - كشف الظنون: لمصطفى أفندي المعروف بحاجي خليفة، دار الفكر (1402هـ).

136 - كفاية الأخيار: للإمام تقي الدين أبي بكر بن محمد الحصني من علماء القرن التاسع الهجري، دار المعرفة بيروت، لبنان، الطبعة الثانية.

137 - لسان العرب: للعلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم أمين منظور الأفريقي المصري، دار صادر بيروت، لبنان.

138 - اللباب في الجمع بين السنّة والكتاب: لأبي محمد علي بن زكريا المتبجي، المتوفى سنة (686هـ) تحقيق د/ محمد فضل المراد، دار الشروق، جدة الطبعة الأولى سنة (1403هـ).

139 - المبسوط: لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت الطبعة الثالثة (1398هـ).

140 - مجالس العلماء: للزجاجي، تحقيق عبد السلام هارون، الكويت (1962م).

141 - المجموع: لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، دار الفكر.

142 - المحصول: لفخر الدين محمد بن عمر الرازي، المتوفى سنة (606هـ)، تحقيق طه جابر العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الطبعة الأولى (1399هـ).

143 - المحلى: لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم، المتوفى سنة 456 هـ، دار الفكر.

144 - مختصر الطحاوي: لأبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي الحنفي، المتوفى سنة (321هـ)، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، مكتبة ابن تيمية.

145 - مختصر المزني: لأبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني، دار المعرفة، بيروت.

146 - مختصر قواعد العلائي وكلام الأسنوي: لأبي الثنا نور الدين محمود بن أحمد الحموي المعروف بابن خطيب الدهشة، تحقيق الدكتور مصطفى محمود النجويني، اللجنة الوطنية العراقية.

147 - مختصر البويطي: لأبي يعقوب يوسف بن يحيى البويطي، مخطوط، مصور بمعهد المخطوطات العربية برقم (264) فقه شافعي.

148 - المدونة الكبرى: للإمام مالك بن أنس، مطبعة السعادة بمصر، الطبعة الأولى سنة (1323هـ).

149 - المدخل إلى مذهب الإمام أحمد: تأليف العلامة عبد القادر بن بدران الدمشقي مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية (1401هـ).

150 - مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع: لصفي الدين عبد المؤمن بن عبد الحق البغدادي، المتوفى سنة (739هـ)، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى سنة (1373هـ).

151 - المساعد على تسهيل الفوائد: للإمام بهاء الدين بن عقيل، تحقيق الدكتور محمد كامل بركات، دار المدني، جدة (1405هـ).

152 - المستصفى: لحجة الإسلام أبي حمد الغزالي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

153 - المستدرك: للحافظ أبي عبد الله محمد المعروف بالحاكم النيسابوري، دار الفكر، بيروت.

154 - المسند: تأليف الإمام أحمد بن حنبل، دار الدعوة (1402هـ).

155 - المسودة في أصول الفقه: لمجد الدين أبي البركات عبد السلام بن عبد الله ابن الخضر، وآخرين من آل تيمية، مطبعة المدني، مصر (1983م).

156 - مسند الإمام الشافعي: للإمام محمد بن إدريس الشافعي، طبع بهامش الأم بدار المعرفة، بيروت.

157 - المصباح المنير: لمحمد بن محمد بن علي الفيومي، المتوفى سنة (770هـ)، المكتبة العلمية، بيروت.

158 - المصنف لابن أبي شيبة: تحقيق عبد الخالق الأفغاني، الهند، الدار السلفية سنة (1399هـ).

159 - مطالع الدقائق في تحديد الجوامع والفوارق: لأبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي، المتوفى سنة (772هـ)، تحقيق نصر فريد، مطبوع على الاستنسل.

160 - معالم السنن: لمحمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي، المتوفى سنة (388هـ)، طبع بهامش سنن أبي داود، الطبعة الأولى (1388هـ)، دار الحديث.

161 - معجم البلدان: لشهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي، دار صادر للطباعة والنشر (1399هـ).

162 - معجم ما استعجم: لعبدالله بن عبد العزيز البكري الأندلسي، المتوفى سنة (483هـ)، تحقيق مصطفى السقا، عالم الكتب، بيروت، لبنان.

163 - معجم مقاييس اللغة: لأبي حسين أحمد بن فارس، المتوفى سنة (395هـ)، تحقيق عبد السلام هارون، دار الكتب العلمية، إيران.

164 - معرفة الصحابة: لأبي نعيم الأصبهاني بن عبد الله بن أحمد المهراني، المتوفى سنة (336هـ)، تحقيق الدكتور محمد راضي بن حجاج عثمان، مكتبة الدار، المدينة المنورة، والطبعة الأولى (1408هـ).

165 - المغرّب في ترتيب المعرّب: لأبي الفتح ناصر بن عبد السيد بن علي المطرزي، المتوفى سنة (616هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت.

166 - المغني: لأبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة، المتوفى سنة (620هـ)، مكتبة الرياض الحديثية.

167 - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشيخ محمد الشربيني الخطيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

168 - المقادير الشرعية: والأحكام الفقهية المتعلقة بها: لمحمد نجم الدين الكردي، مطبعة دار السعادة (1404هـ).

169 - المنثور في القواعد: لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، المتوفى سنة (794هـ)، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، نشر وزارة الأوقاف بالكويت، الطبعة الأولى (1402هـ).

170 - المواكب العلية: للشيخ عبد الهادي بن الأبياري، المطبعة الخيرية مصر، الطبعة الأولى (1304هـ).

171 - الموطأ: للإمام مالك بن أنس دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، مصر.

172 - المهذب: للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، دار الفكر.

173 - المهمات على الرافعي والروضة: للشيخ جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي، مخطوط، دار الكتب المصرية رقم (244) فقه شافعي، ومصور في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية برقم (2440ف).

174 - منتخب السياق: تأليف عبد الغافر الفارسي، مخطوط، مكتبة كوبري برقم (1152)، تركيا.

175 - **المنتظم**: تأليف ابن الجوزي، مطبعة دار المعارف العثمانية، الطبعة الأولى.

176 - **المنتقى**: تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، المتوفى سنة (494هـ)، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الثالثة سنة (1403هـ).

177 - **المنثور في القواعد**: تأليف بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، المتوفى سنة (794هـ)، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، نشر وزارة الأوقاف بالكويت، الطبعة الأولى سنة (1402هـ).

178 - **المنخول من تعليقات الأصول**: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المتوفى سنة (505هـ) تحقيق د/ محمد حسن هيتو، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية (1400هـ).

179 - **نصب الراية لأحاديث الهداية**: للحافظ أبي محمد عبدالله بن يوسف الزيلعي، المتوفى سنة (762هـ)، دار الحديث، الهند.

180 - **النقود العربية والإسلامية وعلم النميان**: للأب انستاس الكرملي مكتبة الثقافة الدينية، العتبة مصر، الطبعة الثانية (1987م).

181 - **النهاية في غريب الحديث والأثر**: للعلامة مجد الدين أبي السعادات بن الأثير المبارك محمد بن محمد الشيباني الجزري، المتوفى سنة (606هـ)، تحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناجي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة (1383هـ).

182 - **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**: لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي المتوفى سنة (1004هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأخيرة سنة (1386هـ).

183 - **هداية السالك إلى المذاهب الأربعة في المناسك**: لعبد العزيز بن محمد بن إبراهيم من جماعة الكتابي الشافعي، المتوفى سنة (767هـ)، تحقيق فضيلة الدكتور صالح بن ناصر الخزيم.

184 - **هداية العارفين**: لإسماعيل باشا البغدادي، دار الفكر سنة (1402هـ).

185 - **الهداية شرح بداية المبتدي**: تأليف ابن الهمام الحنفي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأولى سنة (1389هـ).

186 - **الوسيط**: لحجة الإسلام محمد بن محمد أبي حامد الغزالي، المتوفى سنة (505هـ)، تحقيق علي محيي الدين القره داغي، دار الاعتصام، الطبعة الأولى (1404هـ).

187 - **الوجيز**: لأبي حامد الغزالي، دار المعرفة، بيروت، لبنان (1399هـ).

188 - **الودائع لمنصوص الشرائع**: للإمام أبي العباس أحمد بن عمر بن سريج، مخطوط المكتبة السليمانية رقم (1502)، تركيا.

189 - **وفيات الأعيان**: لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن خلكان، المتوفى سنة (681هـ)، تحقيق د/ إحسان عباس، دار صادر، بيروت.

ثانياً: المخطوطات

190 - **الابتهاج شرح المنهاج**: لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي ج 4، أحمد الثالث، رقم (1324) فقه شافعي.

191 - **الاستغناء في الفرق والاستثناء**: لمحمد بن أبي بكر بن سليمان البكري، مصور في جامعة الملك سعود رقم (11).

192 - **البيان**: لأبي الخير يحيى بن سالم التميمي العمراني، ج 5، دار الكتب المصرية رقم (25)، فقه شافعي.

193 - **بحر المذهب**: للقاضي أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني، ج9، دار الكتب المصرية رقم (24)، فقه شافعي.
ج 14 دار الكتب المصرية رقم (23) فقه شافعي، ولدي منه نسخة.
ج 15 دار الكتب المصرية رقم (35965) فقه شافعي، ولدي منه نسخة.

194 - **التلخيص**: لأبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري، المعروف بابن القاص، مخطوط بمكتبة أيا صوفيا بتركيا برقم (1074)، ولدي منه نسخة.

195 - **تتمة الإبانة**: لأبي سعيد عبد الرحمن بن مأمون المتولي ج 7، دار الكتب المصرية رقم (50)، فقه شافعي.

196 - **تهذيب الأحكام**: للإمام الحسين بن مسعود البغوي، ج 4، أحمد الثالث، رقم (87)، فقه شافعي، ولدي منه نسخة.

197 - **الحاوي الكبير**: للقاضي أبي الحسين علي بن محمد الماردي ج 7 دار الكتب المصرية رقم (11) فقه شافعي، ولدي منه نسخة.

198 - **السلسلة**: لأبي محمد عبدالله بن يوسف الجويني، مخطوط، أحمد الثالث رقم (1026) فقه، ومصور في جامعة أم القرى برقم (186ف).

199 - **شرح مختصر المزني**: للقاضي أبي الطيب طاهر بن عبد الله الطبري ج6 دار الكتب المصرية رقم (266) فقه شافعي.
ج 10 دار الكتب المصرية رقم (266) فقه شافعي، ولدي منه نسخة.
ج 4 دار الكتب المصرية رقم (266) فقه شافعي، ولدي منه نسخة.
ج 3 دار الكتب المصرية رقم (266) فقه شافعي، ولدي منه نسخة.
ج 5 دار الكتب المصرية رقم (266) فقه شافعي، ولدي منه نسخة.

200 - **فتاوى القفال**: لأبي بكر عبدالله بن أحمد القفال المروزي، مخطوط مصور في معهد المخطوطات العربية برقم (233) فقه شافعي.

201 - **كفاية النبيه شرح التنبيه**: لنجم الدين أحمد بن حمد بن الرفعة.
ج 8 مصور في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ولدي منه نسخة.
ج 9 مصور في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ولدي منه نسخة.

202 - **المعاياة**: لأبي العباس أحمد بن محمد المرجاني، دار الكتب المصرية رقم (915) فقه شافعي، ولدي منه نسخة.

203 - **المقنع**: لأبي الحسن أحمد بن محمد الضبي المعروف بابن المحاملي أيا صوفيا رقم (1438)، ولدي منه نسخة.

204 - **المطلب العالي شرح وسيط الغزالي**: لنجم الدين أحمد بن محمد بن الرفعة.
أصله في مكتبة أحمد الثالث وجميع أجزائه تحت رقم (1130)، ومصور في جامعة أم القرى بأرقام مختلفة وقد رجعت إلى الأجزاء التالية:
ج 7 رقم (121) ولدي منه نسخة.
ج 9 رقم (123) ولدي منه نسخة.
ج 10 رقم (124) ولدي منه نسخة.
ج 11 رقم (125) ولدي منه نسخة.
ج 18 رقم (132) ولدي منه نسخة.
ج 19 رقم (131) ولدي منه نسخة.
ج 20 رقم (133) ولدي منه نسخة.
ج 22 رقم (135) ولدي منه نسخة.

205 - **نهاية المطلب في دراية المذهب**: لإمام الحرمين عبد الملك بن يوسف الجويني.
ج 4 مكتبة الملك فيصل الخيرية رقم (738) ولدي منه نسخة.
ج 5 مصور في جامعة الإمام برقم (7648 / ف) ولدي منه نسخة.
ج 18 مصور في جامعة الإمام رقم (2373 / ف) ولدي منه نسخة.
ج 3 مصور في جامعة الإمام برقم (2396/ ف) ولدي منه نسخة.
ج 7 أحمد الثالث رقم (1130 (و)) ولدي منه نسخة.

206 - **الوسائل في فروق المسائل**: لابن جماعة المتوفى (480هـ)، مكتبة جامعة برنستون رقم (1653)، ولدي منه نسخة.

207 - **المحرر في الفقه**: للإمام عبد الكريم بن محمد القزويني الرافعي، دار الكتب المصرية رقم (243) فقه شافعي، ولدي منه نسخة.



فهرس محتويات الجزء الثالث

الموضوع	الصفحة

